„Das Geschäft, wen es angeht" nach geltendem Recht.

DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der rechts- und staatswissenschaftlichen

Fakultät

der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu

Breslau.

Vorgelegt von

Karl-Heinrich Müller

Referendar aus Berlin.

1932

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Berichterstatter: Professor Dr. jur. Süß
Tag der mündlichen Prüfung: 1. März 1932.

Meinen lieben Eltern
in Verehrung und Dankbarkeit
gewidmet.

Literatur-Verzeichnis.

Biermann, Johannes, Sachenrecht, Kommentar zum BGB, Berlin 1914. 3. Auflage.

Bracht, Zu § 164 Abs. 2. BGB im Recht 1901 S. 558.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des BGB. Berlin 1900.

Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Dissertation, Tübingen 1910.

Cohn, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht. 1931.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I. 1. Aufl. 1899. Bd. I. Teil I. u. II. 7. Aufl. 1922. Bd. II. 7. u. 8. Aufl. 1924.

David, Stellvertretung ohne Kundgebung des Vertretungswillens. Im „Recht" 1901 S. 506 ff.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechtes. Bd. I. Halle 1906.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrechte. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruchot). Bd. 47, S. 51 ff.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I und Bd. II. 1903.

Ehrenberg, Handwörterbuch des gesamten Handelsrechts.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 9. Aufl. 1903. Bd. II. 8. und 9. Aufl. 1905.

Engel, Arthur, Eigentums- und Besitzerwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Breslau, Dissertation. 1926.

Engelmann, Das Bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts. 2. Aufl. 1900.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1. Abteilung, 4. und 5. Aufl., Marburg 1909. 25. und 26. Aufl. Marburg 1926. Bd. II, 1 Sachenrecht, M. Wolff, 22. — 26. Aufl. 1927.

Entscheidungen des Reichsgerichts i. Zivil- u. Strafsachen.

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich.

Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes in Abhandlungen z. Privat- u. Zivilprozeß d. Deutschen Reiches. I. 1898.

Goetz, Eigentumserwerb d. Auftraggebers bei verdeckter Stellvertretung. Dissertation Breslau 1917.

Goldmann u. Lilienthal, Das Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. I. 2. Aufl. 1903.

Haack, Erwin, Das Geschäft, wen es angeht. Inaugural-Dissertation, Königsberg 1928.

Hellmann, Zur Lehre von der Willenserklärung nach Bürgerl. Recht in Iher. Jahrb. Bd. 42 S. 413.

Hempel, Eigentumsübertragung beweglicher Sachen n. § 929, Satz 1 BGB bei offener u. stiller Vertretung. Dissertation 1927, Breslau.

Höniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. 2. Aufl. 1912.

Hupka, Die Vollmacht. Leipzig, 1900.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem bürgerl. Gesetzbuch. In Fischers Abhandlungen des bürgerl. Rechts. Jena 1900. Bd. 6.

Jung, Die Eigentumsübertragung beim Kommissionseinkauf i. d. Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 47, S. 183 ff.

Kober, Kommentar zum BGB. Sachenrecht.

Kohler, Vertrag und Uebergabe im Archiv für bürgerl. Recht. Bd. 18.

Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter. München 1914.

Langen, Eigentumserwerb und -Verlust bei Kommissionsgeschäften. Marburg 1900.

Lehmann, Heinrich, Allg. Teil des bürgerl. Gesetzbuches. 3. Aufl. 1928.

Lehmann, Karl, Arnold Langen. Eigentumserwerb und -Verlust bei Kommissionsgeschäften n. d. Rechte des alten u. des neuen Handelsgesetzbuches. Habilitationsschrift, Marburg 1900 i. d. Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht. Bd. 51.

Lenel, Stellvertretung u. Vollmacht in Iher. Jahrb. Bd. 36.

Leonhard, Fr., Vertretung beim Fahrniserwerb. 1898.

Leonhard, R., Der allgem. Teil d. Bürgerl. Gesetzbuches in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.

Loewenwarter, Lehrkommentar z. Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. I. 2. Aufl. 1926.

Manigk, Alfred, Willenserklärung u. Willengeschäft. Berlin 1907.

Mattstedt, Paul, Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Inaugural-Dissertation, Göttingen 1927.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interlage entwickelt. 1905. Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgem. Rechtsprinzipien in Iher. Jahrb. Bd. 53.

Oertmann, Kommentar zum BGB allgem. Teil. 1926.

Planck, Kommentar zum BGB allgem. Teil. 3. u. 4. Aufl. Sachenrecht. 4. Aufl.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung d. Entwurfs d. Bürgerl. Gesetzbuches.

Regelsberger, Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen in Iher. Jahrb. Bd. 44.

Reichs-Gerichts-Räte-Kommentar zum BGB. Bd. I 6. Aufl. 1928. Bd. III 6. Aufl. 1928.

Richter, Fritz, Uebereignung an „wen es angeht" i. d. Rechtsprechung d. Reichsgerichts. Inauguraldissertation. Göttingen 1927.

Rodenberg, Sachenrecht I, in München 1919.

Rümelin, M., Das Handeln im fremden Namen im Bürgerl. Gesetzbuch. Im Archiv f. d. Zivilst.-Praxis. 1892, Bd. 93, S. 132 ff.

Seeba, Kann ein im eigenen Namen auftretender Stellvertreeter unmittelbar mit der Uebergabe der tradierten Sache an ihn für den Vertretenen Besitz und Eigentum erwerben? Inauguraldissertation, Greifswald 1905.

v. Selasinsky, Axel, Der Eigentumserwerb bei der mittelbaren Stellvertretung. Inauguraldissertation. Heidelberg 1930.

Soergel, Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I. + 3. Aufl. 1926. Bd. II. 3. Aufl. 1926.

Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. Bd. I. 1900; Bd. II. 1902.

Schmidt-Rimpler, Das Kommissionsgeschäft in Ehrenbergs Handbuch d. gesamten Rechts. V. 1. Abtlg. 1. Hälfte. Leipzig 1928.

Schmidt-Rimpler, In Jurist. Wochenschr. 1930 S. 2708 Nr. 36.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. I §§ 1 — 177 12/13. Aufl. 1926. Bd. III §§ 343 — 375 12/13. Aufl. 1926. Bd. IV §§ 376 — 473 12/13. Aufl. 1927.

Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. I allgem. Teil; 7. — 8. Aufl. Bd. Sachenrecht, 7/8. u. 9. Aufl.

Stöver, Einigung im Sachenrecht. Archiv f. bürgerl. Recht. Bd. 26 S. 149 ff.

Strohal, Der Sachbesitz im BGB in Iher. Jahrb. Bd. 38.

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II 1. Hälfte. 1914. Bd. II 2. Hälfte. 1918.

v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung in Iher. Jahrb. Bd. 48.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband.

Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB Archiv f. zivilst. Praxis, Bd. 87 S. 40 ff.

Wolff, Martin, Sachenrecht in Enneccerus. Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Bd. II, 1 22. — 26. Aufl. Marburg 1927.

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1.

Einleitung: Problemstellung.

§ 2.

Anwendbarkeit der Stellvertretungsvorschriften auf die Uebereignung gem. § 929 S. 1:

1) bezüglich der Einigung:
   a) die Einigung eine Willenserklärung,
   b) die Einigung ein Vertrag.
2) bezüglich der Uebergabe:
   a) Uebergabe gleich Besitzverschaffung,
   b) Besitz ein tatsächliches Verhältnis,
   c) Besitzwille.

§ 3.

Sondernormen für die Stellvertretung im Besitzerwerb:

1) bezüglich des unmittelbaren Besitzes (§ 855),
2) bezüglich des mittelbaren Besitzes (§ 868).
   a) Uebergabe Verschaffung des mittelbaren Besitzes,
   b) Auftrag fällt unter „ein ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868.

§ 4.

Die offene Stellvertretung (§ 164 Abs. 1.):

1) bei dem obligatorischen Rechtsgeschäft,
2) bei dem dinglichen Rechtsgeschäft.

§ 5.

Die verdeckte Stellvertretung (§ 164 Abs. 2.):

1) beim obligatorischen Rechtsgeschäft:
   a) die Ansicht Müller-Erzbachs und ihre Kritik,
   b) die Ansicht Schlossmanns und ihre Kritik,
   c) die Ansicht Ecks und ihre Kritik.
2) bei der Einigung:
   a) Ansichten, die stets direkte Wirkung der Einigung für und gegen den Vertretenen annehmen:
      aa) die Ansicht Müller-Erzbachs, Schlossmanns und Ecks und ihre Kritik,
      bb) die Ansicht Dernburgs und ihre Kritik,
      cc) die Ansicht Jungs und ihre Kritik.
   b) Ansichten, die nur bei Gleichgültigkeit des Tradenten an der Person des Erwerbers direkte Wirkung der Einigung für und gegen den Vertretenen annehmen:
      aa) Ansichten, die das Offenheitsprinzip beseitigen wollen und ihre Kritik,
      bb) Ansichten, die stets ein offenes Handeln bejahen und ihre Kritik,
      cc) Ansicht Richters und ihre Kritik.

§ 6.

Der nähere Begriff und Umfang des „Geschäftes, wen es angeht" und eigene Ansicht.

§ 7.

Die Ansicht des Reichsgerichts:

1) Das antezipierte Besitzkonstitut,
2) Das Insichgeschäft.

§ 8.

Schluß: Rückblick.

Lebenslauf.

§ 1.

Einleitung.

Die Worte „das Geschäft, wen es angeht" lassen allein für sich nicht erkennen, was unter dieser Bezeichnung zu verstehen ist. Es bedarf vielmehr einer näheren Angabe, aus welchem Gebiete der Rechtswissenschaft dieser Begriff überhaupt entnommen worden ist und welche speziellen Fälle unter ihn zu rechnen sind. Zum näheren Verständnis und zugleich zur Problemstellung diene folgendes Beispiel:

A. beauftragt und bevollmächtigt B., für ihn das Buch „Die Ahnen" zu erwerben, und händigt ihm das Geld hierfür aus. B. kauft das Buch bei dem Buchhändler C., ohne daß seine Vertretereigenschaft erkennbar hervortritt. B. bezahlt, und der Buchhändler übergibt ihm die gekaufte Ware. Wer ist Eigentümer des Buches geworden, A. oder B.?

Aus diesem Beispiel ist deutlich zu ersehen, daß „das Geschäft, wen es angeht", in das Gebiet der Stellvertretung hineinspielt, und zwar handelt es sich hier um die Stellvertretung beim Eigentumserwerb gem. § 929 Satz 1 BGB. Voraussetzung ist zunächst, daß bei Abschluß des Rechtsgeschäftes dem Dritten gegenüber die Person des Vertretenen nicht erkennbar hervortritt, der Gegenkontrahent also nicht weiß und nicht wissen kann, welche Person im Hintergrunde steht, wer der Interessent ist. Der Begriff „des Geschäftes, wen es angeht" erschöpft sich aber nicht nur in der Tatsache, daß ein Rechtsgeschäft vorliegen muß, in dem der Interessent nicht erkennbar hervortritt, sondern will auch etwas über die Wirkung sagen. Es soll nämlich in diesem Falle, — das ist schon aus der Fragestellung im obigen Beispiel ersichtlich — das Eigentum direkt von dem Tradenten auf den nicht erkennbar hervorgetretenen Interessenten übergehen. Ob das geltende Recht eine solche Möglichkeit bietet, soll Gegenstand der nachstehenden Untersuchung sein, und zugleich in diesem Zusammenhang ist auch der nähere Begriff und Umfang des „Geschäftes, wen es angeht" zu erörtern.

§ 2.

Anwendbarkeit der Stellvertretungsvorschriften auf die Übereignung gem. § 929 S. 1.

Da der Begriff „des Geschäftes, wen es angeht" mit dem Problem der Stellvertretung auf das engste verknüpft ist und das erste ohne das andere nicht verstanden werden kann, ist zunächst zu prüfen, ob auf die Eigentumsübertragung überhaupt die Stellvertretungsvorschriften Anwendung finden können.

Gem. § 929 Satz 1 BGB. ist zur Eigentumsübertragung erforderlich: 1. das Einigsein des Eigentümers und des Erwerbers darüber, daß das Eigentum übergehen soll, und 2. die Uebergabe der Sache.

Im Gegensatz zum gemeinen Recht bildet die Besitzübertragung nicht mehr die bloße äußere Erscheinungsform der Einigung, sondern die Uebergabe stellt ein neben der Einigung selbständiges, gleichwertiges Erfordernis dar[1]). Demzufolge muß sich die Untersuchung über die Anwendbarkeit der Stellvertretungsvorschriften auf beide Erfordernisse getrennt, also sowohl auf die Einigung als auch auf die Uebergabe erstrecken[2]).

Zunächst ist auf das Erfordernis der Einigung einzugehen und zu prüfen, ob eine Stellvertretung bei der Abgabe der Einigungserklärung überhaupt zulässig ist. Nach dem Recht des BGB. bildet die Zulässigkeit der Stellvertretung die grundsätzliche Regel, und da sie bei der Einigung nicht besonders ausgeschlossen ist, so ist gegen die Zulässigkeit einer solchen für den vorliegenden Fall nichts einzuwenden. Die nächste Frage, die zu beantworten ist, lautet: Entspricht die Einigung den Erfordernissen, die das BGB. hinsichtlich der Stellvertretung aufgestellt hat?

§ 164 BGB. behandelt die Stellvertretung bei Abgabe von Willenserklärungen. Das Gesetz gibt keinen Aufschluß darüber, was unter Willenserklärung zu verstehen ist, hat es vielmehr der Rechtswissenschaft und Praxis überlassen, diesen Begriff zu bestimmen. Wie aus dem Worte „Willenserklärung" hervorgeht, muß zunächst ein Wille vorhanden sein. Nicht jeder Wille ist erheblich, sondern in der Seele des Handelnden muß sich die Vorstellung eines Rechtsgeschäftes bilden[3]), der

[1]) Protokolle der 2. Kommission Band 3 S. 196. Biermann Kom. § 929, 2a.

[2]) Fr. Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb S. 1—2. Isay: die Geschäftsführung nach dem BGB. S. 348.

[3]) Dernburg: die allg. Lehren des BGB. I § 106 III.

Wille muß eine Beeinflußung des Rechtslebens bezwecken, er muß „Geschäftswille" sein [4]). Neben diesem Geschäftswillen ist auch ein „Erklärungswille" [5]) erforderlich. Denn es ist notwendig, daß die Willenserklärung, um ein Rechtsgeschäft zu bilden, bewußt und beabsichtigt abgegeben wird. Zweiter Bestandteil ist die Erklärung dieses Willens. Dem Willensentschluß als einen nur inneren Vorgang kann die Rechtsordnung so lange keine Bedeutung beilegen, als er nicht auf eine im Rechtsverkehr verständliche Weise erkennbar geworden ist. Es ist unter der Erklärung einfach „die Aeußerung des Geschäftswillens" zu verstehen [6]). Zu eng ist die Meinung von Hellmann [7]) und Manigk [8]), daß unter Willenserklärungen nur solche Erklärungen fallen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind. Mit Recht begegnet Oertmann [9]) dieser Ansicht mit dem Argument, „ „wenn das BGB. überall da, wo eine Willenserklärung „einem anderen gegenüber vorzunehmen ist", dies mit Nachdruck als besonderes Tatbestandsmoment hervorhebt, so kann die Empfangsbedürftigkeit in seinem Sinne nicht schon im Begriff der Willenserklärung liegen" " [10]). Eine Willenserklärung ist demnach „eine auf Hervorbringung einer Rechtsfolge gerichtete Privatwillensäußerung" [11]).

Die Einigung — nur von diesem Tatbestandsmerkmal der Uebereignung gem. § 929, 1 soll die Rede sein — enthält Willenserklärungen im oben genannten Sinne. Das Eigentum ist ein Recht, und die Erklärung und der Wille ist auf die Uebertragung des Eigentums, also auf eine Rechtsänderung, gerichtet. Demnach bestehen keine Bedenken, die Vorschriften der Stellvertretung in Willenserklärungen auf die Einigung Anwendung finden zu lassen.

Während die §§ 164 / 166 von der Stellvertretung mit Vertretungsmacht sprechen, behandeln die §§ 177 / 180 die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht. Im ersten Falle läßt der Gesetzgeber, wie eben erörtert, eine Vertretung in Willenserklärungen zu, im zweiten wird unterschieden, ob der vollmachtslose Stellvertreter im Namen des Vertretenen einen Vertrag abgeschlossen hat oder bei einem einseitigen Rechtsgeschäft tätig geworden ist. Es fragt sich nun, ob die Einigung in der

---

[4]) Enneccerus I, 1 § 136 II A.

[5]) Dernburg I § 106 III.

[6]) Enneccerus I, 1 § 136 II A, 2.

[7]) In Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 413.

[8]) Mahnigk, Willenserklärungen S. 306 ff.

[9]) Oertmann Kom. I 11 b vor § 104.

[10]) Ebenso Enneccerus I, 1 § 136 Anm. 14.

[11]) Enneccerus I, 1 § 128 III, 1.

Tat einen Vertrag darstellt oder nur Willenserklärungen enthält. Letztenfalls könnte, da der § 177 BGB. vom Vertrag spricht, diese Bestimmung auf die Einigung allein direkt keine Anwendung finden.

Ein Vertrag kommt, wie aus § 145 und § 151 hervorgeht, durch Antrag und Annahme des Antrages zustande. Es müssen zwei rechtsgeschäftliche Willen vorhanden sein, die sich gegenseitig entsprechen. Erklären nun der Tradent und der Erwerber, daß sie über den Eigentumsübergang einig sind, so bleibt nichts anderes übrig, als diese wechselseitigen Willenserklärungen mit Vertrag zu bezeichnen[12]). Eine Anzahl Schriftsteller[13]) nennen die Einigung und Uebergabe zusammen einen Vertrag, nicht die Einigung allein, diese soll nur Willenserklärung sein[14]). Sie verteidigen ihre Ansicht damit, daß jedes Rechtsgeschäft einen bestimmten selbständigen Erfolg herbeiführen müsse. Das treffe bei der Einigung nicht zu, denn die Einigung für sich allein zeitige die von den Parteien gewollte Rechtswirkung noch nicht, sondern nur vereint mit der Uebergabe.

Dem ist mit Stöver[15]) entgegenzuhalten, daß die Qualifizierung einer zweiseitigen Willenserklärung als Vertrag nicht davon abhängt, daß sie allein einen bestimmten selbständigen Rechtserfolg hat. Es genügt, wenn sie die Rechtswirkung in Verbindung mit anderen Tatsachen herbeiführt. Daß die Einigung nur zusammen mit der Uebergabe einen einheitlichen Tatbestand bildet, spricht also keineswegs gegen die Annahme ihrer Vertragseigenschaft[16]); auch nicht, daß die Einigung keine Bindung bzw. Verpflichtung zur Uebergabe und somit zur Eigentumsänderung hervorruft[17]). Es handelt sich nämlich hierbei nicht um einen Schuldvertrag, sondern um einen dinglichen Vertrag, „der zu nichts verpflichtet, der nur dazu dient, zu verfügen, der schlechthin wirkungslos verpufft, wenn er aus irgend einem Grunde — etwa weil der Veräußerer nicht Eigentümer war — das, was verfügt werden sollte, nicht zur Folge hat“[18]). Aber auch ein ding-

[12]) Planck Kom. § 929 IV 3a, α Staudinger Kom. Sachenr. Einleit. VII b 1.

[13]) Biermann Komm. z. Sachenr. Vorb. 5b, β. Wolff Sachenr. § 36, 2. Enneccerus I, 1 § 136 II B, 1 u. a. m.

[14]) Wollte man nicht mit Biermann (vergl. Anm. 2) Analogie annehmen, so könnte § 177 auf die Einigung allein nicht angewendet werden.

[15]) Stöver: Einigung im Sachenr. Arch. f. Bürg. R. Bd. 26 S. 164, der allerdings aus einem anderen Grunde die Einigung und Uebergabe nur zusammen als Vertrag aufgefaßt haben will.

[16]) So auch Staudinger III Einl. VII B I d. Hempel a. a. O. S. 11/12. Mattstedt a. a. O. S. 18/19. Richter a. a. O. S. 108/109 a. A. insbesondere Wolff Sachenr. § 66.

[17]) Stöver a. a. O. S. 175.

[18]) Planck Kom. § 929 IV 3a. Eccius in Gruchot Beitr. Bd. 47, S. 51 und Bruck: die Einigung im Sachenrecht.

licher Vertrag ist ein Vertrag, und auch ein dinglicher Vertrag enthält Willenserklärungen, sodaß gegen die direkte Anwendbarkeit der Stellvertretungsgrundsätze — auch derjenigen ohne Vertretungsmacht — auf die Einigung nichts einzuwenden ist.

Wir wenden uns nunmehr dem zweiten Erfordernis der Uebereignung gem. § 929 Satz 1, der Uebergabe, zu. Der Begriff der Uebergabe ergibt sich deutlich aus einem Vergleich dieser Bestimmung mit dem Satz 2 des § 929. Hier heißt es: „Zur Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll", und dort, „Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Eigentumsübergang". Uebergabe stellt also nichts anderes als Besitzverschaffung dar[19]).

Es fragt sich nunmehr, ob die Stellvertretungsvorschriften der §§ 164 ff. wie auf die Einigung so auch auf die Besitzverschaffung Anwendung finden können. Zunächst muß man sich klar darüber werden, was unter Besitz im Sinne des BGB. zu verstehen ist. Das Gesetz selbst gibt keine Begriffsbestimmung. Es sagt nur im § 854: „der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben", und im § 856: „der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert". Aus diesen beiden Vorschriften ist bereits zu entnehmen, daß der Besitz begriffsmäßig nur als ein tatsächliches Verhältnis, nämlich als das tatsächliche Gewaltsverhältnis von Person zur Sache aufzufassen ist[20]).

Es ist ferner zu prüfen, ob das geltende Recht einen Besitzwillen erfordert und somit eine Willenserklärung gegeben ist, auf die, wie oben erörtert, die §§ 164 ff. angewandt werden können. Das gemeine Recht forderte in seiner Besitzlehre neben dem äußeren Erwerbstatbestand, dem corpus, noch den animus zu erwerben. Das BGB. aber hat, wie aus der Fassung des § 854 deutlich zu erkennen ist, diesen Willen nicht als besonderes Erfordernis aufgestellt und wollte es auch nicht tun. Die zweite Kommission[21]) hat vielmehr sowohl das Erfordernis des Willens[22]) als auch die Bestimmung über die Anwendung der Stellvertretungsvorschriften der §§ 164 ff.[23]) auf das Besitzrecht beseitigt.

[19]) Biermann § 929 2a Cosack Lehrb. II § 36 I, 1a. Staudinger § 929 III 1a u. a. m.

[20]) R.G. Komm. § 854, 1. Staudinger § 854 I, 1. Planck § 854, 2. Cosack II § 6.

[21]) Protokolle III S. 30/31.

[22]) Entw. I § 797.

[23]) Entw. I § 801.

Daß der Besitzwille damit gänzlich bedeutungslos werden sollte, war durchaus nicht beabsichtigt, und für diese Ansicht sprechen auch die Protokolle (III S. 30 IV): Hier wird betont, daß der Besitzwille lediglich deswegen gestrichen worden sei, weil seine Erwähnung zu Mißverständnissen führen könnte, und weil derselbe in einzelnen Fällen nicht vorhanden zu sein brauche. Er sollte hierdurch also keineswegs vollständig negiert werden. Und in der Tat ist nach der Erfahrung des täglichen Lebens da, wo eine tatsächliche Gewalt über eine Sache besteht, regelmäßig auch ein Besitzwille vorhanden, von dem das tatsächliche Verhältnis getragen ist[24]). Dieser Besitzwille ist aber nicht mehr wie im gemeinen Recht ein der tatsächlichen Gewalt koordiniertes Erfordernis, sondern erlangt nur als Bestandteil der tatsächlichen Gewalt Bedeutung[25]). Und nicht stets, sondern nur in der Regel ist zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt ein Besitzwille erforderlich. Ein Besitzerwerb ohne Willen wird, wie aus den Protokollen schon ersichtlich, keineswegs ausgeschlossen[26]). Daraus nun, daß der Besitzwille nicht im BGB. als ein selbständiges Erfordernis aufgestellt worden ist, vielmehr nur ein wenn auch nicht immer erforderliches Begriffsmerkmal der tatsächlichen Gewalt bildet, ist zu entnehmen, daß er nicht die Bedeutung eines rechtsgeschäftlichen Willens hat, sondern nur ein Erfordernis rein tatsächlicher Natur darstellt, und somit für die Anwendbarkeit der Stellvertretungsvorschriften auf die Uebergabe kein Raum ist[27]). Denn, wie schon oben erwähnt, ist es ja die Eigenart der §§ 164 ff., daß sie nur auf Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte Anwendung finden, nicht aber auf Vorgänge tatsächlicher Art. Nur im Falle des § 854 Abs. 2[28]) können die Stellvertretungsgrundsätze des Allgemeinen Teils angewendet werden. Denn hier ist die Möglichkeit gegeben, den Besitz durch Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zu erlangen, also den Besitz durch Rechtsgeschäft zu erwerben[29]).

[24]) Staudinger § 854, 2b.

[25]) Biermann § 854, 3c. Rosenberg das Sachenrecht I, 1 S. 25. Planck § 854, 2 Abs. 3 konstruiert den Besitzwillen aus den Worten des § 854 „Erlangung der tatsächlichen Gewalt", weil ein Erlangen ebenso wie etwa ein Erreichen nicht denkbar ist, ohne ein darauf gerichtetes Streben.

[26]) Zu weitgehend R.G. Kom. § 854, 3, der stets bei unbewußter Innehabung einer Sache noch kein tatsächliches Gewaltverhältnis annimmt.

[27]) Uebereinstimmend Biermann § 854, 3c; Staudinger § 854 IV; Cosack II § 6 II, 2 und 4; Wolff Sachenrecht § 11 I; R.G. Kom. § 854, 5; v. Tuhr Allg. T. II, 2, S. 372; Planck § 854, 5.

[28]) § 854 Abs. 2: „die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben."

[29]) R.G. Kom. § 854, 4. Planck § 854, 5; Staudinger § 854, 2b und herrschende Ansicht. A. A. Manigk a.a.O. S. 660.

§ 3.

Sondernormen für die Stellvertretung im Besitzerwerb.

Abgesehen von diesem letzten, nur selten vorkommenden Fall wäre es für das Rechtsleben untragbar, wenn das Gesetz nicht an anderer Stelle einen Besitzerwerb durch Mittelspersonen vorgesehen hätte. Diesem dringenden Verkehrsbedürfnis ist durch die Bestimmungen der §§ 855 und 868 Rechnung getragen worden. Gerade das Vorhandensein dieser Vorschriften beweist, daß die oben wiedergegebene Meinung — die §§ 164 ff. sind für den Besitzerwerb nicht anwendbar — richtig ist, wollte man nicht die vollkommen abwegige Ansicht vertreten, diese Bestimmungen seien überflüssig.

Bieten nun die eben genannten §§ 855, 868 die Möglichkeit, einem beim Eigentumserwerb vertretenen, nicht erkennbar hervorgetretenen Interessenten direkt Besitz zu verschaffen? Einstimmigkeit herrscht sowohl in der Literatur wie in der Praxis insoweit, als man in der Uebergabe im Sinne des § 929 S. 1 die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes versteht. Wird einem Besitzdiener vom Tradenten die Sache übergeben, erlangt er also die tatsächliche Gewalt über sie, so wird gem. § 855[30]) nicht er, sondern sein Besitzherr Besitzer, und zwar unmittelbarer Besitzer. Es ist durchaus nicht erforderlich, daß die Eigenschaft des Besitzdieners nach außen erkennbar hervortritt, um dem Besitzherrn den unmittelbaren Besitz zu verschaffen. Das Verhältnis des § 855 erschöpft sich in der Innenbeziehung. Gibt der Besitzdiener allerdings zu erkennen, daß er für sich selbst erwerben will, dann erwirbt er auch den Besitz, da er ja in diesem Falle auch nicht als Besitzdiener handelt[31]). Durch die Aufgabe des unmittelbaren Besitzes seitens des Tradenten und den Erwerb desselben auf Seiten des Interessenten ist dem Erfordernis der Uebergabe nach § 929 S. 1 Genüge geleistet.

Aber nicht immer steht eine Person zu der andern in einem Verhältnis der sozialen Abhängigkeit, wie es der § 855 erfordert[32]). Für anders geartete Fälle ist der § 868 geschaffen worden. Nach dieser Vorschrift erwirbt derjenige, der die tatsächliche Gewalt erlangt, selbst den unmittelbaren Besitz, während

[30]) „Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer."

[31]) Biermann § 855, 4a.

[32]) Vergl. Anm. 30.

der, für den der jetzige unmittelbare Besitzer tätig geworden ist, mittelbarer Besitzer wird [33]).

Hier erhebt sich nun die Streitfrage, ob Uebergabe im Sinne des § 929 S. 1 auch die Verschaffung des mittelbaren Besitzes bedeutet, ob mittelbarer Besitz ebenfalls wie der unmittelbare ein wahrer, echter Besitz ist? M. E. geht die Antwort schon aus dem § 868 hervor. Denn hier heißt es: „So ist auch der andere (der mittelbare Besitzer) Besitzer." Wollte man mit Wendt [34]) annehmen, daß der mittelbare Besitz nur eine Fiktion darstelle, so hätte der Gesetzgeber seiner Terminologie entsprechend sagen müssen „so gilt auch der andere als Besitzer" [35]). Wenn Wendt glaubt, beim mittelbaren Besitz habe der Oberbesitzer lediglich einen obligatorischen Herausgabeanspruch gegen den Unterbesitzer, und somit die Wesensähnlichkeit der beiden Besitzarten verneint, so irrt er. Denn der mittelbare Besitz kann ja auch dann vorliegen, wenn ein solcher Anspruch überhaupt nicht, nämlich vermeintlich besteht, und andrerseits bleibt der Anspruch auf Herausgabe bestehen, wenn der mittelbare Besitz verloren geht [36]). Der mittelbare Besitz ist vielmehr ein aus der Lebensanschauung gewonnener realer Begriff, und stellt ein echtes wenn auch „vergeistigtes Sachherrschaftsverhältnis" dar [37]). Denn wer z. B. eine Sache vermietet, hat nicht die Absicht, seine Sachherrschaft aufzugeben, sondern sie in anderer vergeistigter Form zu erhalten [38]). Schließlich geht auch aus den Protokollen [39]) hervor, daß unter wahrem Besitz auch der mittelbare Besitz zu verstehen ist. Es wurde hier die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers bei der rei vindicatio aus der Erwägung heraus angenommen, daß es auffällig erscheinen würde, wenn der mittelbare Besitzer in allen übrigen Beziehungen als Besitzer und nur in Ansehung der Passivlegitimation bei der rei vindicatio nicht als Besitzer behandelt würde.

Alles deutet also darauf hin, daß auch der mittelbare Besitz ebenso wie der unmittelbare ein echter Besitz ist [40]). Damit ist aber auch festgestellt, daß unter Uebergabe im Sinne des § 929

[33]) § 868: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

[34]) Wendt i. Arch. zivil. Praxis Bd. 87, S. 49, 51. Ferner f. eine Fiktion: „Müller-Erzbach in Iherings Jahrb. Bd. 53 S. 362, 364 ff. a. A. insbesondere Cosack II § 9 I und Wolff S.R. § 9 III.

[35]) Hempel a.a.O. S. 19.

[36]) Planck § 868, 7.

[37]) Wolff S.R. § 9 III.

[38]) Cosack II § 9, I.

[39]) Protokolle VI, S. 237. XIII, 3.

[40]) So auch herrsch. Ans. insbes. Langen a.a.O. S. 86 ff. Wolff S.R. § 9 III, Fr. Leonhard A.a.O. S.70. Gierke, die Bedeutung d. Fahrnisbesitzes S. 7 u. a. m.

S. 1 neben der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes auch die des mittelbaren Besitzes zu verstehen ist. Der Wortlaut des Gesetzes gibt keineswegs zu erkennen, daß hier nur vom unmittelbaren Besitz gesprochen wird.

Leonhard [41]) allerdings will dies aus dem Vorhandensein der §§ 930, 931 folgern. Er meint, die Verschaffung des mittelbaren Besitzes sei nur Ersatz für die Uebergabe, niemals Uebergabe selbst. Das ergebe sich eben aus diesen Vorschriften. Leonhard aber verkennt, daß diese Fälle nur deswegen als Ersatz der Uebergabe bezeichnet werden, weil der Besitzwechsel nicht äußerlich erkennbar wird, sondern nur auf Abrede beruht, während im Falle des § 929 tatsächlich der Besitzwechsel äußerlich in Erscheinung tritt. Hier erfolgt die Besitzverschaffung durch „reale Tradition", dort „ohne reale Hingabe" [42]). Gibt also der Veräußerer seinen unmittelbaren Besitz auf, erwirbt ihn hierdurch der Vertreter und erlangt der Vertretene gem. § 868 zugleich den mittelbaren Besitz, so ist dem Erfordernis der Uebergabe nach § 929 Satz 1 Genüge geleistet.

Welches Verhältnis muß nun vorliegen, damit die Mittelsperson dem Vertretenen den mittelbaren Besitz verschaffen kann? Die im § 868 BGB. ausdrücklich genannten Rechtsverhältnisse können für die Stellvertretung beim Eigentumserwerb nicht in Betracht kommen. Es kann sich hierbei nur um ein Dienst-, Werk- oder Auftragsverhältnis handeln. Uns interessiert insbesondere im Hinblick auf das in der Einleitung gegebene Beispiel die Frage, ob der Auftrag unter „ein ähnliches Verhältnis" fällt, ob also ein Beauftragter durch seine Besitzergreifung den Auftraggeber zum mittelbaren Besitzer machen kann.

Die erste Voraussetzung, die § 868 aufstellt, unmittelbarer Besitz des Besitzmittlers, ergibt sich als selbstverständlich, wenn der Beauftragte die tatsächliche Gewalt über die vom Veräußerer tradierte Ware erlangt und nicht gerade als Besitzdiener gehandelt hat [43]). Es ist vielmehr zu prüfen, was das Gesetz unter den Worten „in einem ähnlichen Verhältnis" versteht.

Daraus, daß die im § 868 ausdrücklich genannten Einzelbeispiele einen abgeleiteten Besitzerwert voraussetzen, glauben eine Anzahl Schriftsteller [44]) folgern zu müssen, daß an diesem Erfordernisse auch für alle anderen Anwendungsfälle festzuhalten sei. Es wird also vorausgesetzt, daß der unmittelbare Besitzer von dem andern sein Recht zum Besitz ableitet [44]).

[41]) Fr. Leonhard a.a.O. S. 57/58.
[42]) Langen a.a.O. S. 92 ff. Planck § 929, 5. Rümelin a.a.O. S. 259 ff. Isay Geschäftsführ. S. 342.
[43]) Was den Besitzdiener anbelangt vergleiche § 3 Abs. 2.
[44]) Planck § 868, 2b, β. Biermann § 868 2c. Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 20 ff. spricht davon, daß der Besitz dem unmittelbaren Besitzer „anvertraut sein müsse". Staudinger § 868 2b schränkt obige Ansicht dahin ein, daß sich nur „das Besitzgrundverhältnis" als ganzes und allgemein gedacht von dem mittelbaren Besitzer ableiten müsse.

Einmal ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, daß das Gesetz die Entstehung des mittelbaren Besitzes durchaus nicht überall durch „ableiten" kennzeichnet, wie die §§ 1381, 1646 u. a. m. deutlich beweisen, und auch der Ehemann besitzt gemäß § 1373 nicht kraft Ableitung, sondern auf Grund gesetzlicher Vorschrift[45]). Ferner ist Endemann[46]) zuzustimmen, daß das Gesetz sich überall da, wo es die Begriffsbestimmung der Aehnlichkeit aus den vorher angeführten Beispielen abgelöst wissen will, mit der einfachen Verweisung auf ähnliche Erzeugnisse, Urkunden, Einwirkungen, Bearbeitungen und Rechte begnügt, wie es z. B. in den §§ 98, 2; 593 Abs. 1; 807; 827; 906; 950 Abs. I, 2 und 1073 geschehen ist. Im § 868 aber wird durch den Relativsatz: „oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist", nicht wie bei den oben genannten Bestimmungen eine einfache Verweisung gegeben, sondern eine nähere Charakterisierung, die darauf hindeutet, daß hier eine weitere Gruppe von Fällen in Betracht kommt, die aber nicht begrifflich in jeder Beziehung den vorausgenannten Einzelverhältnissen gleichwertig zu sein brauchen. Dieses Hauptmerkmal nun, daß der unmittelbare Besitzer einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt bzw. verpflichtet ist, trifft für ein Auftragsverhältnis unbedingt zu.

Als ein weiteres Kriterium für die Aehnlichkeit im Sinne des § 868 BGB. ist der Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer zu erachten[47]). Auch dieser ist bei einem Auftrag im Hinblick auf § 667 BGB. gegeben.

Daß ferner der beauftragte Erwerber im Namen des Auftraggebers handeln müsse, um ihm den mittelbaren Besitz zu verschaffen, ist weder aus dem Gesetz noch aus den Protokollen, wie Planck meint[48]), zu entnehmen. Sondern das Verhältnis zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer dient als objektives Merkmal für ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis, und auf dieses könne es, wie Richter[49]) mit Recht hinweist, keinen Einfluß ausüben, ob der Beauftragte im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers erworben habe[48]); das käme auf eine Anwendung der Stellvertretungsvorschriften auf den Besitzerwerb hinaus, die wie oben erörtert, abzulehnen ist.

[45]) Endemann II § 32 Anm. 13. Engel a.a.O. S. 21. Mattstedt S. 67.

[46]) Endemann II § 32 Anm. 8.

[47]) Wolff Sachenr. § 8 I, 2. Biermann § 868, 2a. Strohal Iher. Jahrb. Bd. 38, S. 18. Planck § 868 2b, β u. a. m.

[48]) Planck § 868, 2b, β beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf d. Protokolle d. 2. Kommission (III S. 325) die gerade mit Rücksicht darauf, daß der Beauftragte zwar in Ausführung d. Auftrages aber im eignen Namen erworben habe, die Fassung „für einen anderen" gestrichen hat. Kritik s. o.

[49]) Richter a.a.O. S. 75.

Das Innenverhältnis zwischen Vertreter und dem auch nicht erkennbar hervorgetretenen Interessenten hat demnach zur Folge, daß letzterer direkt durch den Besitzerwerb des Beauftragten den mittelbaren Besitz erwerben kann. Und somit ist nach der obigen Schlußfolgerung dem Erfordernis der Uebergabe gem. § 929, 1 in der Form des mittelbaren Besitzes Genüge geleistet.

§ 4.

Die offene Stellvertretung.

Nach dieser Betrachtung kehren wir zu der Einigung, dem anderen Erfordernis der Uebereignung gem. § 929, 1, zurück. Bezüglich der Einigung haben wir festgestellt, daß die Stellvertretungsvorschriften gem. § 164 ff. Anwendung finden können. Im folgenden soll zunächst untersucht werden, was diese Stellvertretungsgrundsätze besagen, und ob das, was sie besagen, sich mit der Natur der Einigung verträgt, ob schließlich das geltende Recht einen direkten Eigentumserwerb von dem Tradenten auf den vertretenen, aber nicht erkennbar hervorgetretenen Interessenten ermöglicht und demnach ein „Geschäft, wen es angeht" als mit der lex lata übereinstimmend angesehen werden kann.

§ 164, I S. 1 lautet: „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenden abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen."

Der Vertretene wird hiernach ohne weiteres berechtigt und verpflichtet, als hätte er selbst gehandelt [50]). Voraussetzung hierfür allerdings ist, daß der Erklärende im Namen des Geschäftsherrn auftritt, d. h. „daß er erklärt, daß das Geschäft als Geschäft des anderen gelten solle" [51]). Der Vertreter muß also das Vertretungsverhältnis offenbaren, es herrscht somit das sog. „Offenheitsprinzip" [52]). Mit Recht führt Leonhard [53]) aus, daß dem Einwand, es solle mit der Angabe der Offenheit nur ein besonders wichtiger Fall hervorgehoben werden, der Satz 2 des § 164 Abs. I, entgegensteht: „Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll." — „Diese Ausdrucksweise wäre nicht nur unverständlich sondern geradezu unrichtig, wenn es auf die Offenheit überhaupt garnicht ankäme" [54]).

[50]) Staudinger I, § 164, 3.
[51]) Enneccerus I, 1 § 166 I, 1b.
[52]) Fr. Leonhard a.a.O. S. 2—17.
[53]) ebenda S. 6.
[54]) Fr. Leonhard S. 6.

Kauft A im Namen des B ein Buch bei C und hebt er seine Vertreterstellung hervor, so ist nach den oben wiedergegebenen Vorschriften der Kaufvertrag zwischen B und C zustande gekommen, und ebenfalls gilt die Einigungserklärung, die A abgegeben hat als die des B. Nicht anders verhält es sich, wenn meine Hausangestellte A, die dem Händler C in ihrer Eigenschaft als meine Hausangestellte bekannt ist, bei diesem 2 Pfund Butter kauft, ohne das Vertretungsverhältnis zu erwähnen. Auch hier ist der obligatorische und dingliche Vertrag gem. § 164, I S. 2 mit mir abgeschlossen worden. Ein weiteres Beispiel für die letztere Bestimmung führt Enneccerus an;[55]) wenn das zugrunde liegende Verhältnis (Kauf) mit dem Vertretenen oder für diesen geschlossen ist, so geht schon aus den Umständen hervor, daß eben die Einigungserklärung auch im Namen des Vertretenen abgegeben wird.

In allen diesen Fällen kann man von einem „Geschäft, wen es angeht" nicht sprechen. Denn der Veräußerer weiß ja, daß das Eigentum, welches er aufgibt, nicht auf den mit ihm Verhandelnden, sondern auf eine bestimmte dritte Person übergeht, auf eine Person, die im obligatorischen Geschäft schon benannt ist. Und der Begriff des „Geschäftes, wen es angeht" ist, wie schon in der Einleitung erwähnt, dann nicht gegeben, wenn mit dem Willen des Tradenten derjenige Eigentümer wird, der im zugrunde liegenden Kausalverhältnis offen als Interessent hervorgetreten ist[56]).

§ 5.

Die verdeckte Stellvertretung.

Anders verhält es sich bei der indirekten, mittelbaren oder verdeckten Stellvertretung[57]), bei der der Vertreter weder die Person des Erwerbers angibt noch überhaupt seine Vertretereigenschaft ausdrücklich hervorhebt[58]), noch diese aus den Umständen erkennbar ist. Hier also tritt in dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft keine Person offen als Interessent hervor. Es fragt sich nun, was die Stellvertretungsvorschriften hierzu besagen, und welche Rechtsfolgen sich in diesem Falle ergeben.

---

55) Enneccerus I, 1 § 166 I, 1b,

56) Richter a.a.O. S. 5.

57) Welche der 3 Bezeichnungen den Vorzug verdient, braucht hier nicht geprüft zu werden, da sich sowohl die Literatur als auch die Rechtsprechung ohne Unterschied der Bedeutung der 3 Benennungen zu bedienen pflegen.

58) Der Unterschied zwischen diesen beiden Fällen wird später erörtert

Wie schon oben erörtert, verlangt der § 164, I, um direkte Wirkung zwischen dem Dritten und Vertretenen herbeizuführen, Offenlegung der Vertretung. Dieses Offenheitsprinzip kommt noch einmal durch die Bestimmung des Abs. II des § 164 zum Ausdruck: „Tritt der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht."

In einem deutlichen Gegensatz zu dem Abs. 1 stellt also hier der Gesetzgeber den Fall, daß der Wille der Vertretung nicht erkennbar hervortritt. „Und er bestätigt somit aufs klarste, daß im Abs. I eben von den Fällen der Offenheit die Rede ist[59])".

Es ist nunmehr zu prüfen, welche rechtlichen Folgen durch diese Vorschrift begründet werden. Hat jemand die Absicht, ein Geschäft im Namen eines anderen abzuschließen, tritt aber der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so liegt ein Irrtum in der Erklärung (§ 119 BGB.) vor. Denn der Vertreter hat etwas erklärt, was er nicht wollte, und will wiederum etwas, was er nicht erklärt hat. Er könnte, da ja ein Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung gegeben ist, nach den allgemeinen Grundsätzen seine Erklärung anfechten. Im Interesse der Verkehrssicherheit aber hat der Gesetzgeber es für besser gehalten, das Anfechtungsrecht des Vertreters auszuschließen, und das tat er durch Schaffung des § 164 II[60]).

Dernburg[61]) allerdings behauptet, mit dieser Bestimmung solle nur gesagt sein, daß als Selbstkontrahent anzusehen sei, wer einen Vertrag abschlösse, ohne zu erkennen zu geben, daß er bloß als Bevollmächtigter handele. Wollte der Gesetzgeber in der Tat nur diese Auslegungsregel geben, so hätte er sich andrer Wendungen bedienen müssen, als er es im § 164 II getan hat, ja diese Bestimmung wäre geradezu überflüssig[62]). Eine Auslegungsregel, daß bei nicht erkennbarem Hervortreten des Stellvertretungswillens als objektiver Sinn der Erklärung Kontrahieren im eigenen Namen anzunehmen ist, ergibt sich schon aus § 164 I. Denn diese Vorschrift erfordert, wie oben erörtert, Offenheit der Stellvertretung. Tritt sie nicht erkennbar hervor, so kann die Bestimmung des § 164 I eben nicht angewandt werden und somit auch die in ihr normierten Wirkung nicht hervorrufen. Es bleibt also nur die Möglichkeit des Kontrahierens im eigenen Namen übrig. Um das Offenheitsprinzip zu begründen, bedurfte es ebenfalls nicht des Abs. II. Denn dies ist, wie erwähnt, schon aus dem Abs. I zu entnehmen. Abs. II hebt durch sein Vorhan-

[59]) Fr. Leonhard a.a.O. S. 6.

[60]) Oertmann § 164, 1d δ. Goldmann u. Lilienthal I § 50 II, 2. R.G.R. Komm. § 164, 3. Enneccerus I, 1 § 167 II.

[61]) Dernburg I § 168, II Anm. 9 mit ihm Manigk a.a.O. S. 168/69.

[62]) Rümelin a.a.O. S. 204/205.

den sein diesen Grundsatz nur noch einmal hervor. Aber auch für den Fall, daß der Vertreter den Willen, nicht im eigenen Namen zu handeln, absichtlich verschwiegen hatte, brauchte der § 164 Abs. II nicht geschaffen zu werden, da hier eine Mentalreservation vorliegt, die schon nach § 116 berücksichtigt wird [63]). Sollte also diese Bestimmung nicht überflüssig erscheinen, so mußte auch die Anfechtung der Erklärung nach § 119 ausgeschlossen werden, wenn der Vertreter irrtümlich glaubt, den Willen im Namen des Vertretenen zu handeln, ausgedrückt zu haben. Der Absatz II des § 164 enthält also nicht nur eine Auslegungsregel, sondern eine „unbedingt anwendbare, unwiderlegliche Rechtsvermutung" [64]). Das Geschäft gilt demnach als eigenes Geschäft des Vertreters [65]). Die Erklärung gilt unanfechtbar als seine und erzeugt alle Wirkungen einer solchen [66]). Er wird durch die Geschäfte, die er mit Dritten geschlossen hat, selbst und allein berechtigt und verpflichtet. „Das entspricht auch dem gesunden Kern der Erklärungstheorie, der unserem Gesetze innewohnt. Der nicht erklärte und nicht erkennbare Wille, im fremden Namen zu handeln, kann niemals positive Wirkungen erzeugen" [67]). Das Verhältnis des Vertreters zu demjenigen, in dessen Interesse er die Geschäfte abschließt, bestimmt sich lediglich nach dem Rechtsverhältnis, das zwischen ihnen besteht. Das ist auch die heute herrschende Meinung, soweit es sich um die obligatorischen Beziehungen zwischen dem Dritten und dem verdeckten Vertreter handelt [68]).

Nach Müller-Erzbach [69]) allerdings soll der Interessent als Hauptschuldner dem Drittkontrahenten gegenüberstehen und neben ihm der Vermittler als ein akzessorisch Verpflichteter haften. Der Mitverpflichtung des Vermittlers entspricht nach der Ansicht Müller-Erzbachs aber keine Mitberechtigung desselben: „Der Vermittler erwirbt keinerlei eigene Rechte gegenüber dem Dritten aus dem Außenvertrag. Hierzu ist neben der unmittelbaren Berechtigung des Interessenten kein Raum" [70]).

Die von Müller-Erzbach aufgestellten Grundsätze können nicht den Anspruch erheben, geltendes Recht darzustellen. Er beruft sich nämlich hinsichtlich seiner Ausführungen auf das

[63]) Planck § 116, 3.

[64]) Oertmann § 164, 1d, δ. Insbesondere Rümelin a.a.O. S. 205, der auf die Gesetzesmaterialien verweist, die eindeutig f. o. wiedergegebene Ansicht sprechen.

[65]) Enneccerus I, 1 § 167 I.

[66]) Planck § 164,2.

[67]) Manigk a.a.O. S. 169.

[68]) Enneccerus I, 1 § 167 I. Goldmann u. Lilienthal I § 50 II. Oertmann § 164 Id, ε. Planck § 164, 3. Langen a.a.O. S. 98/99. Jung S. 191.

[69]) Müller-Erzbach: Grundsätze d. mittelbaren Stellvertretung S. 32.

[70]) Müller-Erzbach a.a.O. S. 35/36.

Seeversicherungsrecht. Es ist doch nun klar, daß die für ein so beschränktes Rechtsgebiet wie das Seeversicherungsrecht aufgestellten Normen keineswegs ohne weiteres auf die positiv rechtlichen Bestimmungen der übrigen Rechtsgebiete angewandt werden können[71]). Dazu hätte es einer besonderen Vorschrift bedurft. Eine solche aber ist nicht vorhanden.

Auch Schlossmann[72]) will, allerdings nur in einzelnen Fällen, eine direkte Wirkung zwischen Vertreter und Vertretenem herbeiführen. Seine Lehre erkennt das Bestehen zweier Arten von Stellvertretung, der direkten und der indirekten, zwischen denen der Vertreter und der Vertretene die Wahl haben und deren Wirkung sich nach ihrem Willen bestimmt, nicht an. Er hält es für falsch, daß sich die beiden Arten der Stellvertretung nach dem äußeren Auftreten des Vertreters und nach ihrer materiellen Wirkung unterscheiden sollen. Es gibt, meint Schlossmann, nur eine Vertretung, und das ist die Besorgung fremder Geschäfte auf Rechnung des Vertretenen. Da er die Zurückführung der Vertretungswirkung auf den Parteiwillen für unrichtig erachtet, stellt er es alsdann auf das Kausalverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem ab und will die Wirkung stets für und gegen denjenigen eintreten lassen, den die Sache objektiv angeht. Wer das aber ist, ob der Vertreter oder der Vertretene, hat nach Schlossmanns Ansicht die Rechtsordnung festzustellen.

Die Ansicht Schlossmann hat viele Gegner[73]) gefunden und die Gründe, die diese gegen ihn vorgebracht haben, lassen seine Lehre als mit dem geltenden Recht nicht im Einklang stehend erscheinen. Zunächst ist im BGB. nun einmal die Voraussetzung des im fremden Namen Handelns aufgestellt worden; soweit Schlossmann sich hiernach nicht richtet, setzt er sich mit der lex lata in Widerspruch. Ferner „gibt es keine objektiven Gesichtspunkte im geltenden Recht, die darüber entscheiden, ob die Wirkung eines Geschäftes in der Person des Vertreters oder des Vertretenen entstehen“[74]). Schließlich führt noch Oertmann[75]) mit Recht gegen die Lehre Schlossmanns ins Feld, daß die in § 164 anerkannte Maßgeblichkeit des konkreten Parteiwillens es zweifellos ermöglicht, auch innerhalb eines seiner allgemeinen Eigenart nach dazu nicht geeigneten Verhältnissen eine direkte Vertretung herbeizuführen und umgekehrt. Auch insoweit entspricht die Ansicht Schlossmanns nicht den heute bestehenden Rechtsnormen.

---

[71]) Oertmann Vorbem. 6 zu § 164. Staudinger I Vorbem. 8 zu § 164.
[72]) Schlossmann: Lehre v. d. Stellvertretung I S. 379.
[73]) Rümelin a.a.O. S. 134 ff. u. sein Nachtrag a.a.O. S. 293 ff. Hupka a.a.O. 23 ff. Oertmann Vorbem. 4 zu § 164.
[74]) Mattstedt a.a.O. S. 23.
[75]) Oertmann Vorbem. 4 zu § 164.

Eck[76]) legt den § 164 II dahin aus, daß diese Bestimmung nur das Verhältnis zwischen dem Vertreter und dem Dritten regeln will, durch jene Vorschrift aber dem Dritten die Berufung auf den geheimen Vertretungswillen gegenüber dem Vertretenen und diesen hinwiederum gegenüber dem Vertreter keineswegs abgeschnitten werden sollte. Die Folge dieser Auffassung ist, daß der Dritte sich sowohl an den Vertreter als auch den Vertretenen halten könnte. Diese Ansicht entspricht keineswegs der Billigkeit, wie Eck annimmt. Er kommt in seinem Ergebnis der Lehre Müller-Erzbachs, der ebenfalls, wie erörtert[77]), eine Mitverpflichtung des Vertretenen befürwortet, sehr nahe[78]). Es erscheint im Gegenteil ungerechtgefertigt, daß dem Dritten in Gestalt eines weiteren Schuldners eine erhöhte Sicherheit gegeben wird, auf die er in keiner Weise gerechnet hat[79]). Ueberhaupt steht diese Auslegung des § 164 II mit dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch. Die Worte „dem Vertragsgegner gegenüber", die Eck in den Gesetzestext hineininterpretiert, stehen nun einmal nicht da und bedeuten eine willkürliche Unterstellung[80]). Wollte der Gesetzgeber dem Dritten auch ein Recht gegen den Vertretenen beilegen, so hätte es dazu noch einer besonderen Bestimmung bedurft[81]). Ferner ist schon oben erwähnt[82]), daß der nicht erklärte und erkennbare Wille niemals positive Wirkungen, wie sie Eck zulassen will, erzeugen kann[83]).

Auf die in seiner früheren Auflage ebenfalls von der herrschenden Meinung abweichende Ansicht Cosacks[84]) einzugehen, erübrigt sich, da er dieselbe nicht mehr aufrecht erhält.

Nach Ablehnung all dieser Lehrmeinungen gehen wir nunmehr zu der Hauptfrage über, wie sich die Bestimmung des § 164 II auf die Einigung auswirkt.

Auch die vorstehenden Ansichten, die bei verdeckter Stellvertretung hinsichtlich der obligatorischen Beziehungen eine direkte Wirkung zwischen Drittem und dem Vertretenen herbeiführen wollen, mußte deswegen näher eingegangen werden, weil diese Schriftsteller die gleiche Wirkung auch bezüglich der Eini-

[76]) Eck Vorträge S. 179—180, ebenso David im Recht 1901 S. 506 und Brach ebenda S. 558.

[77]) Vergl. § 5 Abs. 7 ff.

[78]) Ein Unterschied ergibt sich daraus, daß Eck entgegen Müller-Erzbach eine Mitberechtigung d. Vertreters anerkennt.

[79]) Enneccerus I, 1 § 167 II. Fr. Leonhard a.a.O. S. 13. Rümelin S. 214, 211.

[80]) Rümelin a.a.O. S. 214.

[81]) Planck § 164, 3.

[82]) Vergl. S. 24.

[83]) Manigk S. 169.

[84]) Cosack 1. Aufl. § 66 I, 1c.

gungserklärung eintreten lassen. Die Kritik, die die oben wiedergegebene Meinung von Müller-Erzbach, Schlossmann und Eck erfahren haben, bleibt selbstverständlich auch für diesen Fall bestehen. Zu der Lehre Ecks ist noch zu bemerken, daß seine Auffassung zu einem doppelten Eigentum führen würde. Im Verhältnis zwischen Drittem und Vertreter wäre der Vertreter, in dem zwischen Vertreter und Vertretenem der letztere Eigentümer. „Diese Lehre würde zu einer begrifflich anstößigen Relativität des Eigentums führen“ [85]). Eine Vorschrift, die eine Duplizität des Eigentums anerkennt, hat aber der Gesetzgeber nicht geschaffen.

Weit häufiger als beim obligatorischen Geschäft wird hinsichtlich des Eigentumsübergangs angenommen, daß auch bei nicht erkennbarer Stellvertretung direkte Wirkungen zwischen dem Dritten und dem Vertretenen entstehen, daß bei der Uebereignung die Einigungserklärung des stillen Vertreters direkte Wirkung gegenüber dem Vertretenen hervorruft. Die mannigfaltigen Begründungen sollen Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

Jung hat in seiner Schrift über den „Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf“ [86]) die Versuche, aus den Bestimmungen des HGB. selbst den direkten Eigentumserwerb des Kommittenten herzuleiten, mit Recht als mißlungen bezeichnet [87]). Insbesondere wollte weder das alte noch das neue HGB. mit der Vorschrift des jetzigen § 392 Abs. 2 — nach welcher die dem Kommissionär aus seinen Abschlüssen mit Dritten erworbenen Forderungen im Verhältnis des Kommittenten zu ihm und seinen Gläubigern auch ohne Abtretung als Forderung des Kommittenten zu gelten haben — eine prinzipielle Entscheidung geben; sondern die Entscheidung über den Zeitpunkt des Eigentumserwerbes des Kommittenten dem bürgerlichen Recht überlassen [88]). Könnte man allenfalls hierüber noch debattieren, ob also der § 392 Abs. 2 HGB. auch auf das Kommissionsgut auszudehnen sei, keineswegs aber ist der Standpunkt Dernburgs [89]) zu billigen, die auf das Kommissionsgut erweiterte Auslegung der Bestimmung des § 392 HGB. auch auf den mittelbaren Stellvertreter allgemein anzuwenden. „„Eine derartige „schöpferische Jurisprudenz“ [90]), die die Schärfe unserer Rechtsbegriffe auflöst zugunsten rechtspolitisch zweifelhafter Gefühlsmomente scheint alles eher denn ein Fort-

[85]) Oertmann § 164, 1d .

[86]) Z.H.R. Bd. 47, S. 183 ff.

[87]) Jung ebenda S. 185/187.

[88]) ebenda S. 187 und die dort angeführte Entscheidung des Reichsoberhandelsgericht Bd. 16 S. 212.

[89]) Dernburg I, 1 § 171, V.

[90]) Dernburg I, 1 § 171, V Anm. 14 meint, daß eine schöpferische Jurisprudenz sich hierzu entschließen könnte.

schritt“ [91]). Das BGB. hat eine dem § 392 Abs. 2 HGB. entsprechende Regel, über deren Anwendung auf die Eigentumsübertragung mit Recht gestritten werden könnte, nun einmal nicht aufgenommen. Sie bleibt also eine Sondernorm für das Kommissionsgeschäft [92]).

Jung sieht aber kraft der Sondernatur der Einigung die Möglichkeit eines direkten Eigentumsübergangs — selbstverständlich nicht nur auf den Kommittenten, sondern auf jeden mittelbar Vertretenen, ohne daß das Offenheitsprinzip gewahrt zu werden brauche. In bezug auf die Einigung schreibt nämlich der § 929 Satz 1 vor: „und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll.“ Nach Jung [93]) besagt diese Bestimmung nichts darüber, daß auf Grund der Einigung nur derjenige Eigentümer werden kann, mit dem der Tradent den dinglichen Vertrag abgeschlossen hat. Das Gesetz verlangt lediglich eine Einigung darüber, daß das Eigentum übergehen soll, auf wen, ob auf den Vertreter selbst oder den Vertretenen oder auf einen beliebigen anderen, darüber gibt der Gesetzgeber keine Erklärung ab. Es ist sehr instruktiv, meint Jung, [94]) den Text der ersten Lesung des Entwurfes mit dem Gesetzestext zu vergleichen. Der Entwurf I verlangt zum Eigentumsübergang durch Tradition eine in dem dinglichen Vertrag enthaltene Willenserklärung der Vertragschließenden, daß das Eigentum auf den „Erwerber“ [95]) übergehen solle. Der Gesetzestext § 929 BGB. verlangt außer der Uebergabe nur, „daß beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll“.

In der Tat aber ist diese Aenderung nur eine solche der Form, nicht, wie Jung annimmt, eine solche des sachlichen Inhalts [96]). Die Worte „auf den Erwerber“ sind nur deswegen gestrichen worden, weil sie überflüssig erscheinen. Beide Personen, der Erwerber und der spätere Eigentümer sind identisch, was aus der Fassung der §§ 933 und 934 zu ersehen ist, welche von dem Erwerber als von dem, der später Eigentümer wird, sprechen [97]). Anderenfalls müßte man notgedrungen zu einer Einigung zugunsten Dritter gelangen. Eine solche aber wird von der herrschenden Ansicht mit Recht abgelehnt. Denn wie schon

[91]) Oertmann Vorb. 6 zu § 164.

[92]) Enneccerus I, 1 § 167, 1.

[93]) Jung a.a.O. S. 196.

[94]) Jung S. 194.

[95]) § 874: zur Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft ist eine zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber unter Uebergabe der Sache zu schließender Vertrag erforderlich, welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll.

[96]) Jung a.a.O. S. 194.

[97]) Mattstedt a.a.O. S. 30.

oben erwähnt[98]), hat der dingliche Vertrag — die Einigung — nicht die Begründung oder Veränderung von Schuldverhältnissen zwischen verschiedenen Personen zum Gegenstand, sondern die unmittelbare Rechtsbeziehung der Person zur Sache. Deswegen sind auf ihn auch nicht die Gesetzesvorschriften anwendbar, die den Vertrag als Mittel zur Begründung von Schuldverhältnissen angehen, und somit kann auch nicht durch Vertrag zugunsten eines Dritten gem. § 328 BGB. Eigentum übertragen werden[99]). Interessant ist noch, daß Jung, infolge seiner These, der Erwerber brauche nicht der spätere Eigentümer zu sein, die Uebergabe — das zweite Tatbestandsmerkmal der Tradition — als dasjenige bezeichnet, das die Person des neuen Eigentümers festlegt[100]).

Die Theorie Jungs bricht aber durch die oben wiedergegebene Begründung, daß der spätere Eigentümer und Erwerber identisch sein müssen, in sich zusammen.

Des Oefteren begegnet man der Auffassung, daß der Vertreter, um direkte Wirkungen der Einigungserklärung gegenüber dem Vertretenen herbeizuführen, dann nicht offen zu handeln, dann nicht seine Vertretereigenschaft hervorzuheben brauche, wenn es dem Tradenten gleichgültig sein kann, ob der Vertreter für sich oder für eine andere Person Eigentum erwerben wolle.

Die Verfechter dieser Ansicht stimmen alle mit der hier wiedergegebenen Meinung überein, daß hinsichtlich des obligatorischen Rechtsgeschäftes die verdeckte Stellvertretung Wirkungen nur für und gegen den Vertreter hervorruft. Denn das Interesse des Veräußerers ergreift den Verkauf und die Person des Käufers, seine wirtschaftliche Absicht ist auf den Kaufpreis gerichtet, und es ist für ihn von besonderer Bedeutung und durchaus nicht gleichgültig, an welche bestimmte Person er sich wegen seines Anspruches halten muß, und wer andererseits gegen ihn Ansprüche stellen kann. Bezüglich des dinglichen Vertrages vertreten sie ebenfalls diesen Standpunkt, soweit der Eigentümer an der Person des Erwerbers ein besonderes Interesse hat. Ist es dem Tradenten aber gleichgültig, wer der spätere Eigentümer wird, dann soll die Eigentumserklärung des Vertreters Wirkung für und gegen den Vertretenen hervorrufen.

Wann aber eine solche Gleichgültigkeit im einzelnen Falle anzunehmen ist, darüber herrscht unter den Vertretern dieser Ansicht Streit. Einig sind sie sich noch in soweit, als es sich um eine Uebereignung handelt, der ein Barkauf zugrunde liegt.

---

[98]) vergl. § 2.

[99]) B.R.G. Kom. § 929, 1, ferner Wolff Sachenr. § 66, 1. § 38, 3. Schmidt-Rimpler a.a.O. S. 927. Reichsger. Bd. 98, 283. a. A. Kluckhohn a.a.O. S. 187.

[100]) Jung a.a.O. S. 196.

Hier wird angenommen, daß es dem Tradenten in der Regel gleichgültig sein kann, wer Eigentümer der verkauften Sache wird, denn der Kaufpreis, auf den sich das Interesse des Verkäufers insbesondere richtet, berührt ja das obligatorische Geschäft, für welches der § 164 Abs. 2 in jedem Falle gilt, und wird überdies bei einem Barkauf von dem Vertreter sofort bezahlt. Der Annahme Plancks[101]), daß der Tradent auch beim Barkauf ein Interesse an der Person des Erwerbers haben könnte, wenn z. B. das gezahlte Geld falsch ist, steht der oben erwähnte Grundsatz entgegen, daß dem Veräußerer gem. § 164 Abs. 2 in obligatorischer Hinsicht stets der Vertreter als Kontrahent gegenüber tritt. Und die Frage einer evtl. Nichterfüllung — Zahlen des Kaufpreises mit falschem Geld ist eine Nichterfüllung — beruht lediglich auf dem obligatorischen Rechtsverhältnis. Demgemäß kann also dem Tradenten die Person des Erwerbers gleichgültig sein[102]). Oertmann[103]) und viele andere Schriftsteller[104]) nehmen an, daß beim Kreditkauf ein schutzwürdiges Interesse des Tradenten vorliege, zu wissen, wer Erwerber der auf Kredit gegebenen Sache ist. Dem ist aber, wie Hempel[105]) ausführlich begründet hat, nicht beizupflichten. Einen genügenden Schutz bietet der § 164 Abs. 2, der ja für das zugrunde liegende Kausalverhältnis auf jeden Fall Geltung behält d. h. der Tradent hat seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrage — Uebergabe der verkauften Sache — nachzukommen und der Käufer den Kaufpreis zu zahlen. Ist letzterer insolvent und — angenommen — der Interessent ist Eigentümer der Sache geworden und ist es dem Tradenten aus diesem Grunde nicht möglich, die Ware zurückzuverlangen, so hat er eben seine Vertrauensseligkeit an einen Unwürdigen verschenkt. Ein schutzwürdiges Interesse aber für ein eingegangenes Risiko — jede ungedeckte Kreditgewährung trägt ein Risiko in sich — kann nicht anerkannt werden[106]). Ueberdies hat der Veräußerer in vorliegendem Falle noch die Chance, den Erstattungsanspruch des Vertreters gegen den Vertretenen pfänden zu lassen. Ist der Vertreter aber wegen seines Anspruchs bereits befriedigt worden und hat er den Gegenwert verbraucht, so kann nur auf den allgemein gültigen Satz verwiesen werden, „daß selbst die idealste Rechtsetzung ihre Gewaltunterworfenen nicht vor Schaden aus ihrer eigenen Unvorsichtigkeit bewahren kann“[107]). Unterstellen wir, der Vertreter wird Eigentümer, wer könnte ihn denn daran hindern, die Ware zu verbrauchen oder sogleich zu veräußern und den

---

101) Planck Kom. 3. Aufl. § 164 II.
102) Langen S. 103; Hempel a.a.O. S. 41, 28, 29.
103) Oertmann § 164, 5b, .
104) Planck § 164, 5b β. Staudinger § 929 IV 2b, β. Lehmann § 36, 4c.
105) Hempel S. 29/30; Langen S. 98/99; v. Selasinsky S. 43.
106) Hempel a.a.O. S. 30.
107) Richter a.a.O. S. 133.

Kaufpreis zu verausgaben[108])? Also auch bei einem Kreditkauf kann es dem Eigentümer in der Regel gleichgültig sein, wer der Erwerber der übergebenen Sache wird.

Was die Schenkung aber anbetrifft, so ist Oertmann[109]) recht zu geben, daß hier eine derartige Gleichgültigkeit des Tradenten in der Regel nicht anzunehmen ist. Darauf beruht ja gerade der Sinn einer Schenkung, daß man eine bestimmte Person zum Eigentümer des Geschenkes machen will[110]).

Da die Bar- und Kreditgeschäfte im täglichen Leben bei weitem häufiger vorkommen als Schenkungen, so kann Rümelin[111]) mit Recht zugestimmt werden, daß der Eigentümer in der Regel kein schutzwürdiges Interesse an der Person des späteren Erwerbers hat[112]).

Nachdem nunmehr festgestellt ist, in welchen Fällen es dem Tradenten in der Regel gleichgültig sein kann, wer das Eigentum an der übergebenen Sache erlangt, fragt es sich, wieso hier die Einigungserklärung des Vertreters Wirkung für und gegen den Vertretenen hervorrufen soll. Die Begründungen, die die Anhänger dieser Lehre geben, sind keineswegs einheitlich.

Zunächst soll Stellung zu den Ansichten genommen werden, die bei der gegebenen Sachlage Wegfall des § 164 und somit das Offenheitsprinzip annehmen. Sie argumentieren folgendermaßen: Schon aus den Gesetzesmaterialien zu dem § 164 Abs. 2 ist zu entnehmen, warum der Gesetzgeber ein erkennbares Handeln im fremden Namen zur Voraussetzung der Stellvertretung gemacht hat. Die Motive[113]) zum BGB. geben in dieser Hinsicht folgende Auskunft: „Fehlt es an der Kundgebung des Vertretungswillens und hat andererseits der Handelnde auch nicht beabsichtigt, das Rechtsgeschäft im eigenen Namen einzugehen, so grei-

[108]) Der Meinung Leonhards (a.a.O. S. 30) daß hier das Rechtsanfechtungsgesetz hindernd eingreife, ist entgegenzuhalten, daß doch in vielen Fällen eine Weiterveräußerung auch an Nichtangehörige zu angemessenen Preisen erfolgen kann. So auch Langen S. 100, Anm. 1.

[109]) Oertmann § 164, 1e, β.

[110]) Richter (a.a.O. S. 134) will unterscheiden, ob der Tradent mit seiner Schenkung seinem Vertragsgegner nur den Wert der Sache zuzuwenden beabsichtigte oder es ihm auf den Gegenstand selbst dabei ankam. In dem ersten Falle soll es ihm gleichgültig sein, wer Eigentümer wird, im zweiten dagegen nicht. Ob das eine oder das andere vorliegt, bleibt m. E. gleichgültig. Der Schenker hat, abgesehen von seltenen Ausnahmefällen, stets die Absicht dem ihm Gegenüberstehenden, also einer bestimmten Person, Eigentum zu übertragen. Und nur darauf kommt es an. Viel zu weitgehend, auch nach Richter, R.G. Bd. 30 S. 143.

[111]) Rümelin a.a.O. S. 229/230.

[112]) so auch Richter a.a.O. S. 134; Fr. Leonhard a.a.O. S. 31; Haack a.a.O. S. 31.

[113]) Motive Bd. 1, S. 226.

fen an sich die Bestimmungen der §§ 95, 97/100[114]) Platz. Das Gewollte ist nicht erklärt und das Erklärte ist nicht gewollt. Das praktische Bedürfnis erfordert eine andere Gestaltung. Mit der Zulassung des Einwandes würde, namentlich bei der Häufigkeit der sogenannten mittelbaren Stellvertretung, Schikanen und Streitigkeiten in zahlreichen Fällen Tür und Tor geöffnet werden — ein Umstand, der schon jetzt die Praxis dazu geführt hat, denjenigen, der die Kundgebung des Vertretungswillens unterläßt, als Kontrahenten im eigenen Namen zu behandeln."

Aehnliche Ausführungen finden sich in den Gesetzesmaterialien noch mehrfach[115]). Aus ihnen geht einwandfrei hervor, daß der Gesetzgeber einen Schutz des Drittkontrahenten bezwekken wollte[116]). Dem Einwand, daß die Materialien nicht Gesetz sind, sondern nur das Gesetz ist, was auch als Gesetz verkündet worden ist, wird entgegengehalten, daß auch das Gesetz selbst den in den Materialien zum Ausdruck gebrachten Zweck verfolgt[117]). Denn aus welchen anderen Gründen ist die Vorschrift des § 164 Abs. 2 geschaffen worden, die die Anfechtung der Erklärung, der Vertreter habe nicht im eigenen, sondern im fremden Namen handeln wollen, ausschließt[118])? Aus dieser Bestimmung, die auch noch einmal das im Abs. 1 aufgestellte Offenheitsprinzip betont[119]), und ferner aus der Tatsache, daß durch den § 164 weder dem Vertreter noch der Allgemeinheit ein Schutz zugebilligt wird, geht also klar hervor, daß das Erfordernis des Handelns im fremden Namen nur eine Schutzvorschrift und zwar lediglich eine solche zugunsten des Gegenkontrahenten bedeutet. „Gibt man aber das zu, dann muß man es zweifellos auch für zulässig erachten, daß in Fällen, in denen der Veräußerer kein Interesse an der Person des Gegners hat, eine zu seinen Gunsten gegebene Schutzvorschrift unbeachtet bleibt, da dann für einen Schutz des Veräußerers kein Platz ist. Es kann also in all' den Fällen einer Eigentumsübertragung, in denen dem Tradenten nichts daran gelegen ist, wer die Sache erwirbt, eine Fremdwirkung auch dann eintreten, wenn der Vertreter nicht erkennbar im fremden Namen gehandelt hat. In diesen Fällen findet der § 164 keine Anwendung"[120]). Wonach sich nunmehr, also bei Wegfall des § 164

[114]) Irrtum.

[115]) Protokolle zum Entwurf, zweite Lesung Bd. 1. S. 137 ff. Denkschrift S. 28.

[116]) Rümelin S. 202 ff. Heinpel S. 20 ff. Mattstedt S. 48 ff. v. Selasinsky a.a.O. S. 17 ff.

[117]) Rümelin. S. 204 und die in Nr. 4 Genannten.

[118]) vergl. § 5, wo darauf hingewiesen worden ist, daß der § 164 Abs. 2, sollte er nicht überflüssig erscheinen, das Anfechtungsrecht des Vertreters ausschließt.

[119]) vergl. a.a.O.

[120]) Mattstedt a.a.O. S. 52, ferner Oertmann § 164 Nr. 1e, . R.G. Kom. § 929, 3; Langen S. 103.

Abs. 2 die Frage für die Richtung des Eigentumserwerb bestimmt, herrscht wiederum Streit. Oertmann[121]) will zunächst unterscheiden zwischen einem dauernden Dienst- oder ähnlichem Vertragsverhältnis und nur zufälligen. Und unter den letzteren wiederum, ob der Vertreter Deckung erhalten hat oder nicht. Erstenfalls besteht die Vermutung, daß der Vertreter für den Vertretenen erwerben wolle, im letzten Falle kann die Vermutung wegen des Deckungsinteresses des Vertreters nicht in Betracht kommen. Rümelin[122]) dagegen will die Entscheidung nach der Praktibilität der Resultate fällen. Auf diese Meinungsverschiedenheiten näher einzugehen[123]), erübrigt sich, wenn wie folgt dargelegt wird, daß von einem Wegfall des § 164 bei Gleichgültigkeit des Tradenten an der Person des Erwerbers nicht die Rede sein kann.

Zunächst einmal kann man nicht umhin, den von Oertmann und seinen Anhängern vorgeschlagenen Weg als einen etwas gewaltsamen zu bezeichnen[124]). Gewiß ist es ein ebenso bequemes wie wirksames Mittel, einfach eine Vorschrift, die einem für den gegebenen Fall nicht zu passen scheint, zu beseitigen, aber es bedeutet, wie schon gesagt, auch ein gewaltsames Mittel. Und die Begründung, die die Vertreter dieser Ansicht geben, rechtfertigt durchaus nicht diesen Weg. Warum soll das Offenheitsprinzip nicht auch den Schutz des Vertreters bezwecken? Es wird dem entgegengehalten, daß von einem Schutz des Vertreters, der gar nicht für sich, sondern für einen anderen handeln will, gar keine Rede sein kann, da ja die Vorschrift des § 164 Abs. 2 ihn als Selbstkontrahenten behandelt, also seinem Interesse geradezu entgegenläuft[125]). Man muß m. E. gerade umgekehrt argumentieren, eben weil die benannte Bestimmung den Vertreter so behandelt, als ob er im eigenen Namen aufgetreten wäre, hat sie auch seinen Schutz im Auge. Die Wortfassung des Gesetzes jedenfalls läßt keinen Zweifel darüber, daß die Vorschrift des Abs. 2 nicht nur g e g e n den Erklärenden wirkt, sondern auch f ü r ihn, sodaß auch die Rechte zunächst nur für ihn entstehen[126]).

Ein Interesse des stillen Vertreters zunächst selbst Eigentum an der tradierten Sache zu erwerben, gibt auch Mattstedt[127]) ohne weiteres zu. Fährt aber dann fort: „Indessen braucht zum Schutze des stillen Vertreters das Offenheitsprinzip nicht aufrecht erhalten zu werden. Denn das kann schon jetzt gesagt werden,

121) Oertmann § 164, 1e,
122) Rümelin a.a.O. S. 241.
123) vergl. hierüber insbesondere Enneccerus I, 1 § 167. Anm. 6.
124) So auch Richter a.a.O. S. 113.
125) Haack a.a.O. S. 29.
126) Goldmann und Lilienthal a.a.O. S. 200, ebenso Soergel a.a.O. § 164, 9.
127) Mattstedt a.a.O. S. 50.

wenn man in gewissen Fällen von Uebereignungen das Offenheitsprinzip nicht zur Anwendung bringt, dann wird sich der Eigentumserwerb doch stets nach dem Willen des stillen Vertreters bestimmen müssen. Dies ist aber für diesen in allen Fällen Schutz genug“ [128]). Mattstedts Begründung leidet an einer Verwechslung von Ursache und Wirkung, und es kann ihr deshalb auch nicht Folge geleistet werden. Er will den Fortfall des Offenheitsprinzips beweisen und gibt statt dessen eine Aufklärung darüber, daß der Vertreter dann keines Schutzes mehr bedürfe, nachdem der § 164 bereits beseitigt worden ist.

Aber selbst angenommen, der § 164 habe einen Schutz des Vertreters nicht im Auge, so hat doch das Offenheitsprinzip seinen Grund nicht nur darin, daß der Erklärungsgegner geschützt werden soll, sondern in dem im BGB. festgelegten Grundsatz, daß im Rechtsgeschäft nicht der innere seiner Natur nach steten Schwankungen ausgesetzte Wille rechtsgestaltend wirkt, sondern nur der geäußerte Wille. „Rechtlich maßgebend ist nicht, was der Mensch will, sondern was er unter bestimmten Umständen und in bestimmter Weise als seinen Willen kundgetan hat“ [129]). Irgend eine Erklärung des Willens fehlt aber, wenn der stille Vertreter ohne weiteres den gekauften Gegenstand entgegennimmt. Er macht seinem Kontrahenten eben erhebliche Umstände, die nach seinem inneren Willen die Rechtswirkungen mitbestimmen sollen, nicht zugänglich und deshalb können diese nicht geäußerten Umstände auch keine rechtsgestaltende Wirkung hervorrufen [130]). Das Gesetz erwägt durchaus nicht im Einzelfalle, wie Oertmann und seine Anhänger glauben, ob der andere Teil ein Interesse daran habe. Schmidt-Rimpler [131]) bemerkt mit Recht, „daß ja häufig auch bei schuldrechtlichen Erklärungen ein Interesse des Schuldners daran fehle, wer sein Gläubiger ist — daher die freie Uebertragbarkeit der Forderung — und trotzdem müsse auch, wer seine Forderung stellvertretend für einen Andern begründen will, dies offenbaren, dies selbst dann, wenn dem anderen Teil die gewollte Rechtsfolge gleichgültig sei“. Und es bedeutet einen ungeheuren Widerspruch, diese obligatorischen Wirkungen konsequent dem Prinzip der Stellvertretung zu unterstellen, dagegen die dinglichen Wirkungen einem abweichenden Grundsatz folgen zu lassen [132]). M. E. ist hiermit bewiesen, daß auch bei mangelndem Schutzinteresse des Tradenten an der Person des Erwerbers das Offenheitsprinzip aufrecht erhalten werden muß.

---

[128]) ebenda.

[129]) Von Tuhr II, 1 § 50 S. 144—145, ferner Schmidt-Rimpler in Ehrenbergs Handw. B. V, I, 1 S. 929. Anm. 36.

[130]) Manigk a.a.O. § 101 S. 465—466.

[131]) Schmidt-Rimpler a.a.O. S. 929 Anm. 36.

[132]) Manigk § 101 S. 466.

In diesem Zusammenhang ist es praktisch, die Ansicht Biermanns[133]) zu erörtern. Biermann vertritt ebenfalls den hier wiedergegebenen Standpunkt, daß auch bei Gleichgültigkeit des Eigentümers an der Person des Erwerbers das Offenheitsprinzip des § 164 bestehen bleiben müsse. Nur in einem einzigen Falle will er aus Zweckmäßigkeitsgründen von diesem Grundsatz abweichen, und zwar, wenn der stille Vertreter Besitzdiener des Vertretenen ist. Biermann führt hierzu folgendes aus: „Nimmt man an, daß in einem solchen Fall der Vertretene nicht auch zugleich das Eigentum erwirbt[134]), so entstehen unüberwindliche Schwierigkeiten; denn auch der Besitzdiener wird nicht Eigentümer, da er ja nicht den Besitz erwirbt[135]). Andrerseits bleibt aber auch der Veräußerer nicht Eigentümer, da er sein Eigentum aufgegeben hat. Es müßte also Herrenlosigkeit der Sache und Erwerb derselben nicht durch Uebertragung, sondern durch Aneignung angenommen werden, was gewiß unangemessen ist und in dem Falle, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war, zu gesetzwidrigen Ergebnissen führt. Für den Erwerb durch den Besitzdiener ist deswegen zu sagen, daß er auch dann, wenn er die Einigung nicht im Namen des Besitzherren eingegangen ist, auch die Umstände nicht ergeben, daß sie im Namen des Besitzherrn eingegangen sein sollen, dem Besitzherrn das Eigentum erwirbt, daß also die bloße Tatsache, daß der die Einigung mit dem Veräußerer Eingehende ein Besitzdiener ist, auch wenn diese Tatsache nicht nach außen hervortritt, dem Besitzherrn das Eigentum verschafft."

Biermann geht fälschlicherweise davon aus, daß die Sache herrenlos wird, falls weder der Besitzdiener noch der Vertretene Eigentum an ihr erwirbt. Der Tradent will doch nur zwecks Eigentumsübertragung sein Eigentum an der Sache aufgeben. Kann aber das Eigentum nicht übergehen, und ist somit die Uebereignung unwirksam, so verbleibt doch das Eigentum zweifellos beim Tradenten; aber auch in der Annahme irrt Biermann, daß weder der Besitzdiener noch der Besitzherr Eigentum erwerben kann, wolle man nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen den § 164 beseitigen. Gewiß geht nach § 855 BGB. der Besitz sofort auf den Vertretenen über. Aber in der Einigung über den Eigentumsübergang, die doch bei der verdeckten Stellvertretung nur Wirkung zwischen dem Tradenten und dem Besitzdiener hervorruft, ist gleichzeitig eine Abtretung des dem Tradenten (als Eigentümer) gegen den Vertretenen (als dem gem. § 855 jetzigen unmittelbaren Besitzer) zustehenden Herausgabeanspruches (§ 985

---

[133]) Biermann Komm. zu S.R. § 929, 3b,

[134]) gem. § 855 erwirbt der Vertretende den Besitz. vgl. § 3.

[135]) und andererseits grundsätzlich die Einigungserklärung nur ihn bindet gem. § 164 II.

BGB.) auf den Besitzdiener gem. § 931 BGB. zu erblicken [136]). Also auch in diesem Fall geht das Eigentum auf den in Besitzdienereigenschaft handelnden Vertreter über. Und es braucht aus Zweckmäßigkeitsgründen keine Ausnahme bezüglich des Offenheitsprinzips gemacht zu werden.

Goldmann und Lilienthal [137]) wollen in diesem Fall ohne weiteres dem Vertretenen das Eigentum zusprechen. „Gemäß § 855 geht der Besitz unmittelbar auf den Vertretenen über. Und auch an der zum Eigentumserwerb seitens des Auftraggebers erforderlichen Einigung fehlt es nicht. Die Willensübereinstimmung zwischen dem Dienstherrn und dem Dienstboten, daß das Eigentum auf ersteren übergehen soll (§ 929), ist als eine stillschweigende aus der Sachlage zu entnehmen." Goldmann und Lilienthal verkennen vollkommen, daß § 929 Eigentum des Tradenten voraussetzt. Der Tradent — hier der Besitzdiener — hat nach ihrer Auffassung aber nie Eigentum erworben; folglich kann er es auch nicht auf den Vertretenen gem. § 929 übertragen. Aus diesem Grunde ist diese Ansicht als abwegig zu bezeichnen.

Nach diesem kleinen Exkurs stellen wir nochmals fest, daß weder aus Zweckmäßigkeitsgründen noch wegen mangelnden Schutzinteresses des Tradenten an der Person des Erwerbers das Offenheitsprinzip beseitigt werden kann.

Wir wenden uns nunmehr der anderen Kategorie von Vertretern zu, die trotz Bestehenlassens des § 164 und somit des Offenheitsgrundsatzes bei Gleichgültigkeit des Eigentümers an der Person des Erwerbers eine direkte Wirkung der Einigungserklärung zwischen Dritten und Vertretenem herbeiführen wollen. — Rümelin [138]), der Hauptverfechter dieser Ansicht, setzt zunächst auseinander, wann es dem Eigentümer gleichgültig sein kann, wer der spätere Erwerber wird, und kommt zu dem auch hier [139]) vertretenen Resultat, daß dies in der Regel der Fall ist [140]). Es soll nach Rümelin aus diesen objektiven Umständen hervorgehen, daß bei der Tradition die Willenserklärung des Tradenten in dubio in dem Sinne auszulegen ist, „du kannst für dich oder einen anderen erwerben" [141]). Dementsprechend soll sich auch der Inhalt der Empfangserklärung gestalten und mit diesem unbestimmten Hinweis auf ein mögliches alieno nomine agere dem Erfor-

136) Vgl. hierzu insbes. Mattstedt S. 27, der m. E. durch diese Konstruktion jeglicher Schwierigkeit aus dem Wege geht.

137) Goldmann u. Lilienthal a.a.O. § 50 Anm. 5 S. 200.

138) Rümelin: das Handeln im fremden Namen im BGB. Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 93, S. 131 ff.

139) Vgl. S. 33—36.

140) Rümelin a.a.O. S. 229 ff.

141) ebenda S. 229 u. 231.

dernis des § 164 genügt sein. Ein weitergehendes „sog. Offenheitsprinzip" dürfe nach seiner Meinung nicht erfordert werden [142]).

Rümelin hat mit Recht viele Gegner gefunden, und wir wollen uns darauf beschränken, die Argumente, die gegen seine Lehre vorgebracht sind, wiederzugeben.

Ihm ist zunächst entgegenzuhalten, daß der Vertreter, selbst wenn er die Traditionserklärung des Eigentümers: „ich übergebe dir für dich oder einen anderen, „den es angeht" ausdrücklich akzeptieren würde, durchaus nicht dem Erfordernis des § 164 BGB gerecht werden und somit keineswegs erkennbar im Namen eines anderen handeln würde. Seine Erwerbserklärung muß vielmehr einen von ihnen beiden bestimmt bezeichnen und darf nicht ebenso alternativ ausfallen wie die Erklärung des Eigentümers [143]). Es ist irrig, folgende Fälle einander gleichsetzen zu wollen [144]):

1) A handelt als Vertreter des B oder C,

2) A handelt als Vertreter des B oder für sich.

In beiden Fällen liegt zwar eine Unbestimmtheit bezüglich der Person vor. Aber im Falle 1 ist trotz der Alternativität, trotz der Unbestimmtheit, ob nun B oder C der Vertretene ist, A stets Vertreter. Und es greift, falls seine Vertretereigenschaft erkennbar hervorgetreten ist, hier ohne weiteres § 164 Abs. I Platz, denn es bedarf nur des erkennbaren Handelns als Vertreter, eine Vertretung bestimmter Personen ist nicht erforderlich. Dagegen handelt A im Falle 2 nur möglicherweise als Vertreter, andernfalls aber als Selbstpartei. Ein nur mögliches Handeln im fremden Namen aber wahrt das Offenheitsprinzip keineswegs. Daß das alieno nomine agere mit voller certitudo erklärt sein müsse, ist allerdings nirgends gesagt [145]), ergibt sich aber auf Grund folgender Erwägungen: „„Mit seiner Erklärung „ich erwerbe für mich oder den von mir Vertretenen" gibt der Vertreter zweifellos einem an der Person des Erwerbers interessierten Veräußerer keine Klarheit darüber, ob er als Vertreter eines anderen handelt. Das gibt auch Rümelin zu. Dasselbe muß aber behauptet werden für den Fall, daß der Uebertragungswille des Tradenten auf eine unbestimmte Person gerichtet ist. Das Auftreten des Vertreters ist hier dem vorerwähnten Fall gegenüber das Gleiche geblieben, nur auf der Tradentenseite ist das Interesse an der Person des Erwerbers geschwunden, wodurch aber dem Handeln des Vertreters nicht der Charakter eines nicht er-

[142]) ebenda S. 231.

[143]) So auch Planck § 164, 5b. β. Schmidt-Rimpler a.a.O. S. 929 . . „und der Kommissionär das Angebot für d. Kommittenten annimmt," nicht für sich o. d. Kommittenten.

[144]) R. Leonhard § 84, VI, Rümelin S. 223.

[145]) So Rümelin S. 224.

kennbaren Handelns im fremden Namen genommen werden kann. Denn einem nicht interessierten Veräußerer gegenüber bedeutet die bloße Möglichkeit, daß im fremden Namen gehandelt wird, eine Ungewißheit darüber, in wessen Namen denn nun tatsächlich der Gegenüberstehende auftritt. Bedeutet aber das Handeln des Vertreters für den Tradenten nur eine Ungewißheit über die Eigenschaft des Gegners als einer Selbstpartei oder eines Vertreters, so kann es den Begriff der Erkennbarkeit als einer Möglichkeit für die andere Partei, die Vertretereigenschaft zu erkennen, nicht erfüllen[146])". Ist hiermit nachgewiesen, daß schon bei ausdrücklicher Erklärung des Vertreters „ich erwerbe für mich oder einen andern, den es angeht", das Offenheitsprinzip nicht gewahrt ist, so muß es insbesondere auch dann gelten, wenn der Vertreter sich in Schweigen gehüllt hat. In diesem Falle ist auch Richter[147]) der hier vertretenen Ansicht, wenn er sagt: ein aus objektiven Umständen erkennbarer objektiver Sinn der Erklärung einer Partei kann keinesfalls auch zu dem der Erklärung der anderen Partei gestempelt werden, bloß weil sie geschwiegen hat."

Ferner hat der stille Vertreter nie den Willen, für sich o d e r einen anderen zu erwerben, sondern seiner Eigenschaft als verdeckter Stellvertreter gemäß nur den Willen für einen andern zu erwerben[148]). Sodaß also die dem indirekten Vertreter unterstellte Erklärung nicht einmal mit seinem Willen übereinstimmt.

Schließlich kann aber auch dem Tradenten selbst bei mangelndem Schutzinteresse an der Person des Erwerbers nicht ohne weiteres die Willenserklärung unterstellt werden: „ich übergebe für dich oder einen anderen, den es angeht". Mit Recht hat sich Schmidt-Rimpler in seiner Abhandlung über „das Kommissionsgeschäft"[149]) gegen derartige und ähnliche Fiktionen gewandt. Seinen Ausführungen, die wegen ihrer Wichtigkeit und Schlagkraft im Folgenden wiedergegeben werden sollen, ist m. E. vollkommen zuzustimmen. Schmidt-Rimpler begegnet zunächst der Rümelin'schen Formel mit dem Hinweis: „daß eine solche Willenserklärung an und für sich schon voraussetzt, daß Wille und Erklärung diese Unbestimmtheit in sich aufgenommen hat, also geradezu darauf gerichtet ist, daß entweder der verdeckte Stellvertreter[150]) oder die von ihm zu bestimmende Person Eigentümer werde. Es genügt nicht, wenn der Dritte den Ver-

146) Mattstedt a.a.O. S. 47.

147) Richter a.a.O. S. 107.

148) Richter S. 107.

149) Schmidt-Rimpler: das Kommissionsgeschäft in Ehrenbergs Handwörterb. d. ges. Handels-R. V, I, 1 S. 929 ff.

150) Schmidt-Rimpler spricht vom „Kommissionär und Kommittenten", wir wollen hierfür die Worte setzen: „Verdeckter Stellvertreter und Vertretener", da die beiden Institute parallel laufen und der Zusammenhang es verbietet, hier vom Kommissionär bzw. Kommittenten zu sprechen

treter zum Eigentümer machen will und es ihm nur, falls er sich darüber Gedanken gemacht hätte, auch gleichgültig gewesen wäre, wenn auf Grund seiner Erklärungen ein anderer Eigentum erworben hätte. Ja, es genügt nicht einmal, daß er sich Gedanken darüber gemacht hat und sich klar darüber ist, daß er auch mit dem Eigentumsübergang auf einen andern einverstanden sein würde, sofern nicht sein Wille auf diese Rechtsfolge gerichtet ist. Man kann deshalb auch nicht mit Langen als den Erklärungswert seines Verhaltens solchen Willen unterstellen; denn das würde voraussetzen, daß dieser Rechtsfolgewillen vorhanden wäre, was nicht zutrifft. Allerdings bleibt die Möglichkeit, daß der Wille, den Vertreter zum Eigentümer zu machen, in dem Sinne unbestimmt ist, und so erklärt wird, daß er nicht auf den Vertreter — und gerade nur auf ihn — bezogen wird, sondern vielmehr auf ihn nur als das wahrscheinlich richtige Subjekt des Eigentumsüberganges abgestellt ist. Aber auch das darf keineswegs vermutet werden: Man frage irgend einen erfüllenden Verkäufer — natürlich ohne ihn juristisch befangen zu machen, wie es die von Lenel erwähnte Anfrage schon durch die Tatsache, daß sie erfolgte, getan haben dürfte — wer Eigentümer der Kaufsache werden solle, und er wird stets, nicht ohne Erstaunen über solche Frage antworten: selbstverständlich der Käufer. Man übersieht meist, daß der unbestimmte Wille des Erfüllenden, an eine beliebige Person zu übereignen, nur vorliegt, wenn er durch irgend welche Verhältnisse besonderer Art hervorgerufen wird, etwa die Dienstbotenstellung oder die Handlungsgehilfenschaft der Gegenpartei." Der Verkäufer wird sich hinsichtlich seiner Willensbestimmung oft von falschen Vorstellungen leiten lassen. Wie oben ausgeführt, kann es ihm z. B. beim Kreditkauf gleichgültig sein, wer Eigentümer der verkauften Sache wird, und doch hat er den Willen, den Gegenüberstehenden zum Eigentümer zu machen, in dem Glauben, sich nötigenfalls an die Ware halten zu können. Mag es auch dem Tradenten gleichgültig sein, wer der spätere Erwerber wird, deswegen braucht er noch lange nicht diesen unbestimmten Willen, wie er ihm von Rümelin unterstellt wird, zu haben. Aus diesen hier vorgebrachten Gründen geht klar hervor, daß der Ansicht Rümelins nicht Folgschaft geleistet werden kann.

Richter[151]) scheinen die von Rümelin aufgestellten Gedankengänge geeignet, eine brauchbare Grundlage zu einer juristischen Konstruktion eines direkten Eigentumsüberganges von dem Tradenten auf den vertretenen nicht erkennbar hervorgetretenen Interessenten, also auf den, den es angeht, abzugeben. Er lehnt die Traditionserklärung Rümelins: „ich übergebe dir für dich oder einen anderen, den es angeht" wegen ihrer alternativen Form

151) Richter: Uebereignung an „wen es angeht" in d. Rechtsprechung d R.G. S. 106 ff. S. 97.

ab, und ferner, weil eine dementsprechende ebenso alternative mit der Wirklichkeit durchaus nicht übereinstimmende Empfangserklärung des Empfängers unterstellt wird. Alles Gründe, die schon oben gegen die Lehre Rümelins geltend gemacht worden sind. Richter glaubt nun bei Gleichgültigkeit des Tradenten an der Person des Erwerbers den Inhalt der Traditionserklärung dahin auslegen zu können, daß sie nicht mehr, wie nach Rümelin lautet: „ich übergebe dir für dich oder einen anderen, den es angeht", sondern: „ich übereigne dir, für den, der durch diese meine Besitzaufgabe und dein Indiehandbekommen der Sache den Eigenbesitz erwirbt." Er kommt offenbar[152]) auf Grund folgender Erwägungen zu diesem Resultat: Im täglichen Leben werden beim Eigentumsübergang keine feierlichen Erklärungen abgegeben, sondern meistenteils spielt es sich so ab, daß der Käufer eine bestimmte Ware verlangt und der Verkäufer ihm diese übergibt. Da aber die Einigung ein notwendiges Erfordernis der Uebereignung darstellt, so kann sie nicht unbeachtet bleiben. Andrerseits ist es nicht angängig, die Uebereignung deswegen als unwirksam zu behandeln, weil ausdrückliche Erklärungen bezüglich des dinglichen Vertrages nicht gefallen sind. Vielmehr muß die Einigung, wie so oft in gewöhnlichen Fällen aus den Umständen, hier z. B. aus der Uebergabe, dem Geben und Nehmen der Sache, entnommen werden. Hieraus folgert Richter, daß die Einigung, wo sie nicht ausdrücklich erklärt sei, unlöslich mit der Uebergabe des Besitzes verbunden sein solle, und der Eigentumsübertragungswille alsdann in derselben Richtung laufen müsse, wie der Besitzübertragungswille gehe. Er fährt dann weiter fort: „die Uebergabe nunmehr besteht in der Uebertragung des unmittelbaren Besitzes, der jedoch nicht notwendig vom wahren Erwerber erworben muß, sondern für letzteren genügt der Erwerb einer der Besitzarten, also auch des mittelbaren Besitzes. Aber nicht an den unmittelbaren Besitzer, auch nicht an den mittelbaren Besitzer will der Tradent übereignen, sondern an den, in dessen besitzrechtlich unbeschränkten Herrschaftskreis nunmehr die Sache eintritt, die er aus der Hand gibt, an den Eigenbesitzer. Eigenbesitzer und unmittelbarer Besitzer sind identisch, wenn der Empfänger Besitzdiener ist, andernfalls wird der Interessent den Eigenbesitz in Gestalt des mittelbaren Besitzes erwerben[153])."

Bis jetzt könnte man noch der Meinung sein, daß Richter denselben Weg wie Rümelin einschlägt, d. h. daß der Eigentümer die Traditionserklärung abgibt: „ich übergebe dir für den, der durch diese meine Besitzaufgabe und dein Indiehandbekommen

---

[152]) Genau gibt Richter (S. 96/97) nicht an, welche tatsächlichen Erwägungen ihn zu seiner Meinung veranlaßt haben; er beruft sich nur seines Themas gemäß auf die frühere Rechtsprechung d. R.G. u. leitet aus ihr sein Resultat ab.

[153]) So Richter a.a.O. S. 96/97.

der Sache den Eigenbesitz erwirbt", und der stille Vertreter sich dementsprechend äußert und somit dem Offenheitsprinzip des § 164 Genüge leistet. Durch die Empfangserklärung des Vertreters: „Ich erwerbe für den, der durch diese deine Besitzaufgabe und mein Indiehandbekommen der Sache den Eigenbesitz erwirbt", würde zwar die alternative Form, die Rümelin vorgeschlagen hat, in der Tat vermieden, aber sachlich nichts geändert. Denn auch hier fragt es sich wieder: Wer wird denn nun Eigenbesitzer? Wirst du es, mein Gegenkontrahent, oder ein anderer? Daß mit der bloßen Formänderung nichts getan ist, hat wohl auch Richter eingesehen und beschreitet deswegen einen anderen Weg als Rümelin.

Richter[154]) sagt: „nicht mehr ist es der Empfänger, der den Vorschriften des § 164 auf solche Weise Genüge tun muß, sondern der, den es angeht, also der Interessent soll die zu seinem Eigentumserwerb erforderliche Einigungserklärung selbst abgeben". Da fragt es sich aber nun, wo denn der Vertreter bleibt, der doch gerade für den Vertretenen Willenserklärungen abgeben soll.

Noch deutlicher tritt diese Unterschlagung des Vertreters in der Abgabe von Willenserklärungen im Falle der Geschäftsführung ohne Auftrag zutage. Hierzu führt Richter aus: „Eine Aeußerung des Eigentumserwerbswillens seitens des Geschäftsherrn in Gestalt seiner Genehmigung kommt dann erst in Frage, wenn er um diese Geschäftsführung weiß. In der Zwischenzeit muß notwendigerweise ein Schwebezustand entstehen, der für die Besitzfrage zwar durch einen Ersatz des erforderlichen Besitzerwerbswillens auf Seiten des Besitzherrn durch das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen beseitigt werden konnte[155]), der aber für die Eigentumserwerbsfrage nicht durch ein ähnliches Verfahren aufgehoben werden kann. Die hieraus entstehenden Schwierigkeiten sind jedoch nur scheinbar. Zu beachten ist, daß hier von Seiten des Tradenten der Einigungsantrag, wenn der Empfänger nicht gleichzeitig der Erwerber ist, an eine abwesende Person gerichtet ist. Daß dieser Einigungsantrag nicht sofort von dieser angenommen werden kann, liegt auf der Hand. Ihm muß vielmehr ebenfalls wie dem Antrag gegenüber einer abwesenden Person eine gewisse Geltungsdauer bis zu dem Zeitpunkt, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, zugebilligt werden."

Richter verkennt hierbei vollkommen, daß die Abwesenheit des Interessenten gerade durch die Anwesenheit eines Ver-

---

[154]) ebenda S. 113.

[155]) Gem. § 868; denn diese Bestimmung bezieht sich nicht nur auf vertragliche, sondern auch auf gesetzlich geregelte Rechtsverhältnisse. Vergl. R.G. Bd. 98, S. 134; R.G. Bd. 94 S. 341, R.G. 59 S. 201.

treters behoben werden soll. Hatte der Vertreter Vollmacht, so finden eben bezüglich der Einigungserklärung die Vorschriften über die Vertretung mit Vertretungsmacht Anwendung, hatte er ohne Vollmacht gehandelt, so die ohne Vertretungsmacht. Man kann doch nicht schon deswegen, weil die Einigungserklärung aus der Uebergabe entnommen wird, und die Uebergabe den Interessenten zum sofortigen Eigenbesitzer machen kann, nun auch die Einigungserklärung unter Umgehung sämtlicher Vorschriften über die Stellvertretung diesen Eigenbesitzerwerb folgen lassen. Es besteht eben gemäß obiger Ausführung zwischen der Stellvertretung im Besitzerwerb, wo zur Besitzverschaffung des Interessenten keine Erkennbarkeit der Vertretereigenschaft erforderlich ist, und einer solchen in Willenserklärungen, bei der dem Offenheitsprinzip Genüge geleistet werden muß, ein gewaltiger Unterschied. Daß aber dann der § 164 nicht mehr zur Diskussion stehen soll, wenn dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig sein kann und seine Traditionserklärung lautet: „ich übergebe dir für den, der durch diese meine Besitzaufgabe und dein Indiehandbekommen der Sache den Eigenbesitz erwirbt", ist unerklärlich.

§ 6.

Der nähere Begriff und Umfang des „Geschäftes, wen es angeht" und eigene Ansicht.

Die soeben erörterten Lehrmeinungen wollen im Falle der verdeckten Stellvertretung also nur dann direkten Eigentumserwerb von dem Veräußerer auf den Interessenten eintreten lassen, wenn es ersterem gleichgültig ist, wer der spätere Eigentümer wird, nicht aber beim Vorliegen eines besonderen Interesses seitens des Tradenten an der Person des Erwerbers. Daher versteht es sich, daß sie als Voraussetzung für das „Geschäft, wen es angeht" eben diese Gleichgültigkeit verlangen. Wir glauben aber, in dem oben Ausgeführten nachgewiesen zu haben, daß zwar dem Erfordernis der Uebergabe für eine direkte Uebereignung gemäß § 929 Satz 1 Genüge geleistet ist, nicht aber dem der Einigung. Für die Stellvertretung in Willenserklärungen müssen nun einmal die §§ 164 ff. Anwendung finden. Sie können, wie dargelegt, selbst bei mangelndem Interesse an der Person des Erwerbers weder beseitigt noch übergangen, noch die von dem Veräußerer bzw. Vertreter abzugebenden Willenserklärungen fingiert werden. Daher kommen wir zu dem Schluß, daß das „Geschäft, wen es angeht", soweit es die verdeckte Stellvertretung umfaßt, nicht mit dem geltenden

Recht im Einklang steht, daß nicht nur hinsichtlich des obligatorischen, sondern auch bezüglichen des dinglichen Rechtsgeschäftes das Offenheitsprinzip aufrecht erhalten bleiben muß, und somit nur der stille Vertreter allein berechtigt und verpflichtet wird, daß also nur auf ihn das Eigentum übergehen kann[156]).

Hiermit soll ein „Geschäft, wen es angeht" durchaus nicht vollkommen verneint werden. Versteht man allerdings mit einer weit verbreiteten Meinung[157]) unter diesem Begriff nur den Fall der verdeckten Stellvertretung, so ist seine Existenzberechtigung nach der lex lata ohne weiteres abzulehnen. M. E. ist aber Rümelin[158]) darin zuzustimmen, daß ein „Geschäft, wen es angeht", dann vorliegt, wenn das Stellvertretungsverhältnis sich offenbart, die Person des Vertretenen aber dem Dritten gegenüber nicht erkennbar hervortritt[159]). Der Unterschied zu der verdeckten Stellvertretung ist klar. Bei ihr tritt die Vertretereigenschaft des Vertreters nicht erkennbar hervor; der Dritte weiß überhaupt nicht, ob er es mit einem Vertreter oder einem Selbstkontrahenten zu tun hat. Hier dagegen ist sich der Gegenkontrahent bewußt, daß ihm ein Vertreter gegenübersteht.

Als Beispiel soll folgender Fall dienen: Der vermögenslose A ist dafür bekannt, daß er Bücher in Vertretung kauft. Der Buchhändler C, bei dem A wegen eines Geschäftes vorspricht, kennt dessen Vermögensverhältnisse und Stellung als Vertreter genau. Weder aus den Umständen ergibt sich noch erwähnt A ausdrücklich, wer der Vertretene ist. Er weiß es vielleicht im Augenblick selbst nicht einmal. Wer ist Partei des obligatorischen Rechtsgeschäftes geworden, wenn B den A zu dem Buchkauf beauftragt und bevollmächtigt hat? und wer hat das Eigentum an dem von C dem A überreichten Buch erlangt, A oder B?

Was das obligatorische Rechtsgeschäft betrifft, so herrscht wohl kein Zweifel, daß von einer eigenen Haftung des Vertreters nur aus dem Grunde, weil er den Namen seines Vollmachtgebers nicht genannt hat, keine Rede sein kann[160]). Berechtigt und verpflichtet ist aus dem von dem Vertreter getätigten Geschäft viel-

---

156) So auch Enneccerus I, I § 167 II. Dernburg I § 168 II. Goldmann u. Lilienthal a.a.O. § 164 Anm. 5. K. Lehmann Z.f.H. R. Bd. 51 S. 268 ff. Endemann I § 80, 2b. Engelmann § 44, 3. Staub § 44, 3. Staub § 366 Anm. 12a § 58 Anm. 20. Kober a.a.O. S. 81. Planck § 164, 5c.

157) Statt aller Loewenwarter a.a.O. § 164 S. 274 u. die dort angegeb. Literatur.

158) Rümelin a.a.S. S. 198 ff.

159) Richter a.a.O. S. 6.

160) Rümelin a.a.O. S. 119, Enneccerus § 116 I, 1b, α, β. Planck § 164, 1b. Oertmann § 164, 1b, β. $\beta\beta$, $\gamma\gamma$, u. a. m.

mehr „der, den es angeht“ [161]), der Vertretene. Denn dem Offenheitsprinzip ist vollauf Genüge geleistet, wenn die Vertretereigenschaft des Vertreters erkennbar hervortritt; eine Vertretung bestimmter Personen ist, wie schon früher betont, keineswegs erforderlich [162]). Bezüglich des dinglichen Rechtsgeschäftes liegt es nicht anders. Das Erfordernis der Uebergabe ist, wie oben dargelegt [163]), gewahrt, wenn der Vertreter den unmittelbaren, der Vertretene den mittelbaren Besitz erlangt (§ 868). Und die Einigung über den Eigentumsübergang richtet sich, da sie Willenserklärungen enthält [164]), nach den Stellvertretungsvorschriften, und zwar in diesem Falle nach dem § 164 Abs. 1. Denn die Vertretereigenschaft des Vertreters ist ja erkennbar hervorgetreten. Gegen einen direkten Eigentumsübergang auf den Interessenten ist also in diesem Falle nichts einzuwenden.

Mit dem anderen Erfordernis, das wir für „das Geschäft, wen es angeht“ aufgestellt haben [165]), daß nämlich das zugrunde liegende obligatorische Geschäft nicht auf den Namen des Interessenten selbst abgeschlossen sein dürfe, steht die Offenbarung des Stellvertretungsverhältnisses nicht im Widerspruch. Zwar ist es dem Dritten bekannt, daß der ihm Gegenüberstehende als Vertreter handelt, er weiß aber nicht, wer denn nun eigentlich „der, den es angeht“ der Vertretene, ist. Hier wird also die Person des Interessenten im Gegensatz zu den im § 4 aufgeführten Fällen offen gelassen.

Da schließlich auch Gleichgültigkeit des Veräußerers an der Person des Erwerbers gegeben ist, — andernfalls hätte er sich wohl kaum auf ein derartiges Geschäft mit einem unbekannten Vertretenen eingelassen [166]) — so kann man in diesem Falle mit Recht von einem „Geschäft, wen es angeht“, sprechen [167]).

§ 7.

Die Ansicht des Reichsgerichts.

Die Verfechter der Ansicht, daß nur oder auch im Falle der verdeckten Stellvertretung ein „Geschäft, wen es angeht“ gegeben ist, die also hier einen direkten Eigentumsübergang von dem Tradenten auf den nur mittelbar Vertretenen herbeiführen

161) Rümelin S. 199.
162) die unter Nr. 100 angegeb. u. zu Anm. 147.
163) Vergl. S. 15.
164) Vergl. S. 5.
165) Vergl. § 4.
166) so auch Richter S. 8/9.
167) Rümelin insbes. S. 200; Lehmann a.a.O. § 36, IV, 2c. Richter S. 6.

wollen, berufen sich z. Teil[168]) auf die Rechtsprechung des Reichsgerichtes. Mit Unrecht! Das Reichsgericht vertritt vielmehr den auch hier für richtig erachteten Standpunkt, daß zunächst der verdeckte Stellvertreter Eigentümer wird, und wählt dann, um dem dringenden Verkehrsinteresse gerecht zu werden, nämlich einen möglichst schnellen Eigentumserwerb seitens des Interessenten eintreten zu lassen, den m. E. rechtlich gangbarsten Weg über das antizipierte Besitzkonstitut bzw. das Insichgeschäft[169]).

Das Wesen des antizipierten Besitzkonstituts kennzeichnet sich hinsichtlich des hier in Frage kommenden Falles in dem Abschluß eines dinglichen Uebereignungsvertrages gemäß §§ 929, 930 zwischen dem Vertreter (Beauftragten) und dem Vertretenen (Auftraggeber) mit der Maßgabe, daß durch diesen Konstitutsvertrag bei dem zukünftigen Besitzerwerb des Vertreters sofort das Eigentum auf den Vertretenen übergehen soll.

Es würde zu weit führen, auf die Meinungen, die sich für oder wider die Zulässigkeit eines antizipierten Besitzkonstituts ausgesprochen haben, näher einzugehen[170]). Die Rechtsprechung jedenfalls hat die Zulässigkeit so allgemein anerkannt[171]), daß man zumindest mit Wolff[172]), selbst einem Gegner dieser Konstruk-

[168]) so z. B. Loewenwarter § 164 S. 274; Mattstedt S. 58. Goetz a.a.O. S. 40; Seeba S. 51.

[169]) Eine andere Lösung hat von Tuhr versucht (allgem. Teil II, 2 § 84, III S. 350 ff.)
Auch er ist der Ansicht, daß bei nicht erkennbarem Vertretungswillen der Vertreter als Selbstkontrahent sowohl bezüglich des obligatorischen als auch des dinglichen Rechtsgeschäftes zu betrachten ist. Von Tuhr zieht aber eine analoge Anwendung des § 185 in Erwägung. Er meint, ebenso wie jemand mit Zustimmung eines anderen über dessen Recht im eigenen Namen verfügen könne, müsse es möglich sein, daß er für den anderen mit dessen Zustimmung durch Abschluß im eignen Rechte begründe. Der Analogieschluß ist sehr zweifelhaft. Dagegen spricht schon der Umstand, daß es doch unzweifelhaft Fälle gibt, in denen der Veräußerer ein Interesse hat, an den Gegenkontrahenten in eigner Person zu übertragen. Hier darf nun der erklärte und zum Vertragsinhalt erhobene Wille des Tradenten nicht durch einen inneren Willen des Mittlers oder durch eine Abmachung desselben mit seinem Geschäftsherrn vereitelt werden.
Ferner ist der Eigentumserwerb im BGB. ausschließlich geregelt, sodaß eine Uebertragung des Eigentums durch analoge Anwendung anderer Gesetzesvorschriften nicht herbeigeführt werden kann.
Ebenso wie hier: Lehmann allgem. Teil § 36, IV 2c; Rümelin a.a.O. S. 193; Engel a.a.O. S. 27; Mattstedt S. 55.

[170]) Gegen die Zulässigkeit: Lenel a.a.O. S. 68 ff., Kohler a.a.O. insbes. S. 28, S. 102. Regelsberger a.a.O. S. 406 ff. Fr. Leonhard a.a.O. S. 46 ff. Hoeniger a.a.O. S. 11. Für die Zulässigkeit; die herrschende Ansicht.

[171]) R.G.E. Bd. 56 S. 52; in Gruchot Beitr. Bd. 53 S. 1045. Warn. Erg. Bd. 1912 Nr. 213 u. 214. Leipz. Zeitschr. 1916 S. 383 Nr. 13. J.W. 1917 S. 217 Nr. 6. J.W. 1928 S. 561 Nr. 9.

[172]) M. Wolff S.R. § 67 I, 2.

tion, ein festes Gewohnheitsrecht annehmen kann, das ja in seiner Kraft dem Gesetz gleichsteht, und daher auch imstande ist, ältere Gesetze zu ergänzen, aufzuheben oder abzuändern[173]).

Wann aber wird das antizipierte Besitzkonstitut wirksam? In welchem Zeitpunkt erlangt nun der Auftraggeber das Eigentum an der von dem Beauftragten zu erwerbenden Sache?

Klar ist, daß der Auftraggeber nicht eher Eigentümer werden kann, bevor nicht der Beauftragte selbst die Sache in Besitz hat. Diese Voraussetzung ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 930: „Ist der Eigentümer im Besitz der Sache". Enneccerus[174]) läßt es bei dieser Voraussetzung bewenden, wenn er sagt: „sind der Vertreter und der Vertretene damit einverstanden, daß der mittelbare Besitz und das Eigentum für den Vertretenen erworben werden solle, so tritt diese Wirkung in demselben Augenblick, in dem der Vertreter erwirbt, durch constitutum possessorium ein".

Auch von Tuhr[175]) sieht als einzige Einschränkung an, daß der Eigentumsübergang sich nicht früher vollenden könne, als bis der Vertreter den Besitz erlangt habe.

Manche Schriftsteller aber wollen das antizipierte Besitzkonstitut nicht schon unter dieser alleinigen Voraussetzung der bloßen Besitzübertragung auf Seiten des Beauftragten wirksam werden lassen, sondern verlangen noch weitere Erfordernisse.

Planck[176]) z. B. führt hierzu folgendes aus: „Eine Uebertragung durch constitutum possessorium im Sinne des § 930 kann darin gefunden werden, daß der Vertreter und der Vertretene darüber einverstanden sind, der mittelbare Besitz und das Eigentum sollen für den Vertretenen erworben werden; besteht dieses Einverständnis noch in dem Zeitpunkt, wo der Erwerber den Besitz erwirbt, so geht gleichzeitig damit der Eigentumserwerb des Vertretenen nach Maßgabe des § 930 vor sich".

Planck will also das antizipierte Besitzkonstitut nur unter der Voraussetzung wirksam werden lassen, daß der Vertreter und der Vertretene noch in dem Zeitpunkt der Besitzerlangung seitens des ersteren den Uebereignungswillen haben. Denselben Standpunkt wie Planck vertritt auch Biermann[177]) und Schmidt-Rimpler[178]). Diese von ihnen aufgestellte weitere Voraussetzung vermeidet, daß der Vertreter zum bloßen Erwerbsinstrument des

[173]) Enneccerus I, 1 § 37 I.
[174]) Enneccerus I, 1 § 167 II Anm. 5. ebenda.
[175]) von Tuhr in Iherings Jahrb. Bd. 48 S. 47 ff.
[176]) Planck § 164, 5c.
[177]) Biermann § 930, 1b.
[178]) Schmidt-Rimpler: Ehrenbergs Handw. S. 933.

Vertretenen gemacht wird, sondern läßt ihm die Möglichkeit, seinen Sinn beim Besitzerwerb zu ändern und somit den Eigentumsübergang auf den Vertretenen zu hindern. Praktisch wichtig kann der Fall werden, wenn der Vertreter noch keine Deckung erhalten hat und über das Vermögen des Vertretenen der Konkurs verhängt worden ist. Nur ergeben sich hierbei große Beweisschwierigkeiten, da rein innere Momente, nämlich der Uebereignungswille zur Zeit der Besitzerlangung, bewiesen werden müßten.

Auch die Rechtssprechung schaltet ebenfalls wie Planck den Willen des Vertreters nicht aus. So verlangt zum Eigentumsübergang das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 24. 11. 1903 Bd. 56 S. 52[179]), daß „der Veräußerer der Vereinbarung entsprochen haben müsse". In einem weiteren Urteil[180]) wird für den endgültigen Eigentumserwerb „eine äußerlich in Erscheinung tretende Ausführungshandlung, die den Uebertragungswillen erkennbar macht", gefordert[181]). Weiter heißt es im Bd. 100 S. 193: „Ist zwischen ihnen — dem Vertreter und Vertretenen — ein Verhältnis der im § 868 bezeichneten Art vereinbart. und hierzu ist auch ein Auftragsverhältnis zu rechnen[182]), hat ferner der Stellvertreter zur Zeit der dinglichen Einigung und der Besitzübertragung durch den Veräußerer den mit dem Willen des Auftraggebers übereinstimmenden Willen, das Eigentum für seinen Auftraggeber zu erwerben, so wird dieser vermittels Besitzkonstituts Eigentümer; der Stellvertreter wird unmittelbarer Fremdbesitzer, der Auftraggeber mittelbarer Eigenbesitzer. Wenn zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen ein Auftragsverhältnis bestand, spricht weiterhin die tatsächliche Vermutung dafür, daß der Wille des Vertreters damals auf den Eigentumserwerb für den Vertretenen und Auftraggeber gerichtet war, daß er also nicht für sich das Eigentum erwerben wollte."

Auch diese Entscheidung, der m. E. vollkommen zuzustimmen ist, läßt deutlich erkennen, daß der Wille des Vertreters bei der Besitzerlangung nicht außer acht gelassen werden darf. Im Gegensatz zu der Planckschen Auffassung und den früheren Urteilen des Reichsgerichts wird hier der Uebereignungswille des

[179]) Ferner Gruchot Bd. 53 S. 1045. J.W.S. 1907 Nr. 18 u. a. m.

[180]) R.G. Bd. 73 S. 415, ferner Bd. 63 S. 16.

[181]) Gegen dieses Erfordernis spricht sich besonders deutlich ein Urteil vom 5. 12. 1916 Jurist W. 1917 S. 217 Nr. 6 aus. Es wird dort mit Recht darauf hingewiesen, daß das allgemein kennzeichnende, notwendige Merkmal des Bestandes dinglicher Rechte, ihre äußere für jedermann bestehende Erkennbarkeit, bei der Uebereignung beweglicher Sachen durch Vermittlung des Besitzkonstituts einer wichtigen Einschränkung unterliegt: „Es könne bei dem gesetzlich als Ersatzmittel für eine körperliche Uebergabe zugelassenen Besitzkonstitut nicht gefordert werden, daß die Eigentumsübertragung auch für Dritte erkennbar sei."

[182]) Vergl. S. 17/18.

Vertreters, daß er der getroffenen Vereinbarung gemäß handelt, vermutet, und mit dieser Vermutung des Uebereignungswillens seitens des Beauftragten zur Zeit seines Besitzerwerbs geht man den Beweisschwierigkeiten, die die Plancksche Meinung in sich trägt, aus dem Wege; denn nunmehr wird die Beweislast umgekehrt. „Nicht mehr dem Veräußerer muß bewiesen werden, daß er die Absicht, der Vereinbarung gemäß zu handeln, gehabt und betätigt hat, sondern er selbst muß beweisen, daß er den gegenteiligen Willen, nämlich für sich zu erwerben, äußerlich erkennbar gemacht hat“ [183]). Der Meinung von Enneccerus und von Tuhr, die das antizipierte Besitzkonstitut ebenfalls rein anwenden, hat diese Lösung noch den Vorteil, daß der Vertreter nicht zum willenlosen Erwerbsinstrument gemacht wird; denn der Vertreter kann ja bei der Besitzerlangung stets seinen gegenteiligen Willen äußern.

Abgesehen hiervon — wir haben nur den Fall im Auge, daß der Vertreter die feste Absicht hat, seinen Auftraggeber möglichst schnell zum Eigentümer zu machen — erlangt also zunächst der Vertreter das Eigentum an der ihm tradierten Sache, in demselben Augenblick wirkt aber auch die Vereinbarung des constitutum possessorium und macht den Vertretenen zum Eigentümer [184]).

So ist auch die wiedergegebene Entscheidung des R.G. zu verstehen. Die Vertreter, die aus der Begründung dieses Urteils einen direkten Eigentumserwerb von dem Dritten auf den mittelbar Vertretenen herauslesen wollen, stützen ihre Ansicht auf folgende Erwägung: Das Reichsgericht wirft wiederholt die Frage auf, ob der Veräußerer ein Interesse an der Person des Erwerbers hat oder ob es ihm gleichgültig ist, wer der spätere Eigentümer wird [185]). Steht das R.G. auf dem Standpunkt, daß nur kraft des Besitzkonstitutes der Vertretene sofort Eigentum erlangen kann, dann bedarf es nie und nimmer der Untersuchung über die Gleichgültigkeit bzw. über die Nichtgleichgültigkeit. Mag auch der Dritte ein Interesse daran haben, nur den ihm Gegenüberstehenden zum Eigentümer zu machen, so kann doch gemäß § 930 in demselben Moment der Vertretene Eigentum an der von ihm tradierten Sache erlangen, ohne daß es auf seinen — des Dritten — Willen ankommt oder er den Eigentumsübergang sonstwie zu hindern imstande ist (§ 137). Soll also diese Prüfung überhaupt einen Sinn haben, so nur den, daß das Reichsgericht ein „Geschäft, wen es angeht“ und somit einen direkten

---

183) Engel a.a.O. S. 31.

184) Ebenfalls ist von einem gleichzeitigen Eigentumserwerb die Rede in R.G.E. Bd. 30 S. 142, Gruchot Bd. 47 S. 987.

185) So u. a. R.G.E. Bd. 99 S. 208, Bd. 100 S. 192. Bd. 109 S. 169. J.W. 1930 S. 2709 Nr. 36.

Eigentumserwerb von dem Tradenten auf den Vertretenen annimmt.

So einleuchtend diese Argumentation auch erscheint, sie stimmt doch nicht mit der Tatsache überein, daß das Reichsgericht den Weg über das antizipierte Besitzkonstitut nimmt. Das Reichsgericht verweist nämlich in der oben zitierten Entscheidung in Bd. 100 S. 193 ausdrücklich auf seine Entscheidung in Bd. 30 S. 142 und auf das in Gruchot Beitr. Bd. 47 S. 987 abgedruckte Urteil, ferner auch auf Enneccerus (1919) Bd. I S. 456 und Planck (1913) § 164, 5c, Urteile und Schriftsteller, die einen gleichzeitigen Erwerb des Vertretenen mittels antizipierten Besitzkonstituts annehmen. Genau ebenso sind auch die Entscheidungen zu beurteilen, die auf das im Bd. 100 S. 192 abgedruckte Urteil hinweisen[186]). Daß das Reichsgericht überhaupt in eine Untersuchung über die Gleichgültigkeit des Tradenten an der Person des Erwerbers eintritt, ist nur daraus zu erklären, daß es die Voraussetzungen des „Geschäftes, wen es angeht" zwar prüft, dann aber die Konstruktion wieder verläßt und den altgewohnten Weg über das constitutum possessorium nimmt.

Gegen die Konstruktion des antizipierten Besitzkonstituts wird eingewendet, daß der juristisch nicht geschulte Interessenvertreter nicht verstehen würde, daß sein Verhalten zum eignen Eigentumserwerb seinerseits geführt habe, er aber durch dasselbe Verhalten im gleichen Augenblick wieder seines Eigentumsrechtes verlustig gegangen sei.

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Beauftragte, der den Willen hat, den Auftrag auszuführen, weiß, daß er zu diesem Zweck kauft und die Sache dem Auftraggeber verschaffen muß. Er kennt zwar nicht genau den Weg, auf dem dieser Erfolg zustandekommt. Diese Frage überläßt er der Rechtsordnung. Nach der Rechtsordnung aber tritt zunächst Eigentum in seiner Person ein, wenn seine Stellvertretungseigenschaft nicht erkennbar hervortritt (§ 164, II), und gemäß § 930 wird eben der Vertretene Eigentümer. Gewiß kann es an einer Vereinbarung, daß das Eigentum auf den Interessenten übergehen soll, fehlen, denn aus dem Auftragsverhältnis allein ist eine solche Vereinbarung noch nicht zu entnehmen. Häufig wird aber der Wille des Beauftragten wie des Auftraggebers aus konkludenten Handlungen hervorgehen, ausdrücklich braucht ja der Uebereignungswille gem. § 929 nicht zu erfolgen.

Aber selbst beim Fehlen dieser Vereinbarung kann sie der Vertreter, der doch den Willen hat, unter allen Umständen den

[186]) Leipz. Ztschr. 1921 S. 723 Nr. 7. J.W. 1923 S. 403 Nr. 52 J.W. 1928 S. 561 Nr. 9. J.W. 1930 S. 2708 Nr. 36. vgl. ebenda die Anm. v. Schmidt-Rimpler. Ebenso wie hier muß wegen Fehlens einer genauen Konstruktionsangabe auch R.G.E. Bd. 99 S. 208 beurteilt werden.

Auftraggeber zum Eigentümer zu machen, auch wenn er erst selbst Eigentümer werden müßte, gem. § 181 BGB. durch das Insichgeschäft schaffen. Abgesehen davon, daß aus der Vollmacht für den Vertreter die Gestattung herausgelesen werden kann, ein Insichgeschäft nach § 181 vorzunehmen, ergibt sich die Zulässigkeit eines solchen schon aus dem Auftrag, da er hier „in Erfüllung einer Verbindlichkeit" handeln würde. Allerdings ist in diesem Falle erforderlich, daß er seinen Willen auch erklärt, denn die Vereinbarung gem. §§ 929, 930 enthält Willenserklärungen[187]). Es reicht hierzu schon, wie Oertmann[188]) richtig betont, „jede genügende Kenntlichmachung des Geschäftswillens" aus. Handlungen des Kontrahenten, die ihn selbst binden[189]), kann man nicht erfordern, da sonst die Anwendbarkeit des Selbstabschlusses einer Anzeige des Beauftragten an den Auftraggeber gleichkäme und somit praktisch bedeutungslos werden würde. Auch in diesem Fall kann gleichzeitig mit dem Eigentumserwerb des Vertreters der des Vertretenen gem. §§ 181, 930 vonstatten gehen, wenn der Vertreter seinen Uebertragungswillen sofort erkennbar gemacht hat.

§ 8.

Rückblick.

Zusammenfassend ist also zu sagen:

1. ein „Geschäft, wen es angeht" im Falle der verdeckten Stellvertretung gibt es nicht, da ein direkter Eigentumsübergang von dem Tradenten auf den mittelbar Vertretenen, dem geltenden Recht, das das Prinzip der Offenheit bei der Stellvertretung erfordert, widerspricht.

2. Einen rechtlich möglichen Ausweg bietet das antizipierte Besitzkonstitut und das Insichgeschäft, Konstruktionen, die auch vom Reichsgericht seinen Entscheidungen zugrunde gelegt werden. Die Annahme, daß das Reichsgericht einen direkten Eigentumserwerb von dem Dritten auf den nur mittelbar Vertretenen und somit „ein Geschäft, wen es angeht" kennt, ist irrig.

3. M. E. gibt es ein „Geschäft, wen es angeht", aber nur in dem Falle, in dem sich das Stellvertretungsverhältnis offenbart, der Interessent aber dem Dritten gegenüber nicht erkennbar hervortritt.

---

187) Oertmann § 181, 4a, Goldmann u. Lilienthal § 51, IV. Planck § 181, 1a.
188) Oertmann § 181, 4a.
189) Hupka, Vollmacht S. 279.

Lebenslauf.

Am 16. August 1907 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Eugen Müller und seiner Ehefrau Maria geb. Schmidt zu Berlin geboren. Im Oktober 1913 trat ich in die Vorschule des Köllnischen Gymnasiums zu Berlin ein. Ich besuchte diese Anstalt bis Ostern 1921. Ich trat alsdann in die Untertertia des Leibniz-Gymnasiums zu Berlin ein, an dem ich am 17. September 1926 die Reifeprüfung bestand. Ich widmete mich dem juristischen Studium und war zu diesem Zwecke im W.S. 1926/27 bei der juristischen Fakultät der Universität Tübingen immatrikuliert. Vom S.S. 1927 ab studierte ich bis zum S.S. 1928 an der Universität Berlin. Zu Beginn des W.S. 1928/29 ließ ich mich an der Universität in Breslau einschreiben und studierte dort bis zum S.S. 1930. Am 14. Oktober 1930 bestand ich am Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Am 29. November 1930 wurde ich zum Referendar ernannt. Das mündliche Examen zur Erlangung der juristischen Doktorwürde legte ich am 1. März 1932 vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau ab.

Karl-Heinrich Müller.

Druck: Alban Horn Verlag, Berlin SO 16, Rungestraße 20.